جامعة الجزائر

كلية الحقوق

# دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و القانون

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون

فرع : عقود و مسؤولية ( القسم الخاص)

من إعداد الطالب :

نجية زيتوني

تحت إشراف الدكتور:

د. محمد سرور

السنة الجامعية : 2006/07/08

## مُقَدِّمَة:

نظرًا لما للطلاق من خطورة على الكيان الأسري، وبالخصوص على حياة الأطفال ضحايا الطلاق وعلى المجتمع ككل، لذا جعل ا سبحانه وتعالى الطلاق أصلاً للزوج وحده، وذلك لما يتميّز به من رزانة وقوّة تقدير لنتائجه قبل الإقبال عليه، لأنّه هو الذي سيتحمّل نتائجه، أي الطلاق من مهر ونفقة وتعويضات (إذا كان متعسّفًا).

ولكن بالرغم من جعل هذه السلطة بيد الرجل إلا أنّ ديننا الحنيف لم يجهل دور المرأة في فكّ هذه الرابطة التي هي بمثابة طرف فيها، إذ جعل لها الحقّ في طلب التطليق إذا ما ألحق بها الزوج ضررًا مهما كان نوعه مادّيًا أو معنويًا، بحيث إنّ ديننا الحنيف أوصى الأزواج بالإحسان إلى الزوجات وعدم الإضرار بهنّ، إذ جاء في قوله تعالى: ﴿ **وعاشروهنّ بالمعروف** ﴾[1]، وقول الرسول ﷺ: « ***لا ضرر ولا ضرار*** »[2]. فتأكيدًا لحقّ الزوجة في المعاملة الحسنة وردت هناك في الفقه الإسلامي آراء ومذاهب مختلفة تؤكّد حقّ الزوجة في التطليق وتحديد الحالات التي يمكن لها فيها الالتجاء إلى القاضي ليحكم لها بذلك، ورغم تضارب هذه الآراء من حيث الأحكام وبعض الأمور التفصيلية، إلا أنّ جمهور الفقهاء متفقون على أغلب الحالات التي يمكن فيها للزوجة طلب فكّ هذه الرابطة. والتي هي: عدم الإنفاق، والغياب، والعيوب والأمراض، والضرر والشقاق، والحبس، مستدلّين على ذلك بأدلّة من الكتاب والسنّة والإجماع، إلا في حالات خاصّة أنكر كلّ من الظاهرية والحنفية حقّ المرأة في ذلك.

فنظرًا لأهمّية هذا الموضوع بالنسبة للمجتمع ككلّ، وبالنسبة للمرأة بصفة خاصّة، وخاصّة بالنسبة للزوجات اللاتي يجهلن الكثير من حقوقهنّ التي منحهنّ إيّاها ديننا الحنيف، ارتأيت أن أبحث في أصل هذا النصّ القانوني (المادّة 53) في الشرع

---

1 - سورة النساء، الآية: 19.

2 - عن ابن عباس رضي ا عنه. رواه أحمد بن ماجه، وله من حديث أبي سعيد مثله وهو في الموطّأ مرسل عن الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 3، دار الجيل، بيروت، د.ت.ن، ص 928.

الإسلامي لمعرفة مدى حقّ الزوجة في فكّ هذه الرابطة، متعرّضة في ذلك إلى الآراء الفقهية المختلفة، وما هي الحالات والشروط والأحكام المترتبة على ذلك من عدّة وتعويض من جهة، ومدى أخذ المشرّع الجزائري بذلك، من جهة ثانية.

إنّ المشرّع اتبع ما أتى به الشرع الإسلامي، وحذا في ذلك حذو أغلب التشريعات العربية، وهذا ما ورد بصراحة في المادّة 53 من قانون الأسرة الجزائري[1]، والتي نجد معظم فقراتها مأخوذة من الفقه الإسلامي إلا البعض منها مثل حالة ارتكاب فاحشة مبينة، وحالة مخالفة المادّة 8، المتعلّقة بشروط وأحكام تعدّد الزوجات.

وباعتبار الغرض من دراستي هذه هو البحث في أصل هذه الفقرات التي تضمّنتها المادّة 53 في الفقه الإسلامي، لذا عملت على تناول هذه الحالات بحسب ما وردت في هذه المادّة، والبحث عن أصلها في الفقه الإسلامي.

وباعتبار أنّها كلّها مؤسّسة على الضرر فلم أر إلا أن أقسّم موضوعي هذا إلى فصلين: الضرر المادّي والضرر المعنوي، حيث أدخلت تحت الضرر المادّي كلّ ما يعتبر ضررًا ماديًا محضًا أو ما يغلب عليه ذلك، وتحت الضرر المعنوي أدخلت كلّ ما يعتبر ضررًا معنويًا محضًا أو يغلب عليه ذلك. وتناولت كلّ قسم منهما من الجانب الشرعي بالتعرض إلى مختلف الآراء والمذاهب الفقهية، وإلى الجانب القانوني، مع إجراء مقارنة مع بعض القوانين الأخرى، ومحاولة إبداء بعض الاقتراحات.

---

1 - أمر رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 جوان 1984 يتضمّن قانون الأسرة، تنصّ المادّة 53 على ما يلي: « ***يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:***

***1 – عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.***

***2 – العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.***

***3 – الهجر في المضجع فوق أربعة اشهر.***

***4 – الحكم بعقوبة شائنة مقّيدة لحرية الزوج لمدّة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.***

***5 – الغيبة بعد مضيّ سنة بدون عذر ولا نفقة.***

***6 – كلّ ضرر معتبر شرعًا ولا سيّما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادّتين: 8 و 37 أعلاه.***

***7 – ارتكاب فاحشة مبينة*** ».

# الفصل الأول

# الضرر المادي

# المخوّل للزوجة حقّ التطليق

الضرر المادي هو انتقاص حقّ الإنسان من ماله أو جسمه أو إلحاق مفسدة بمال أو جسم الغير، فإذا كان محلّ الضرر مالاً يسمّى ضررًا ماليًا، أمّا إذا كان محلّه جسم الإنسان فيسمّى ضررًا جسمانيًا [1]، وعلى هذا فإنّ الضرر المادّي يكون على نوعين: المادّي المالي والمادّي الجسماني. فلذا أدخلنا تحت هذا المفهوم التفريق لعدم الإنفاق، وذلك لأنّه يغلب عليه الضرر المادّي، وهذا في المبحث الأوّل. والتفريق للغيبة، وذلك لأنّ المشرّع الجزائري منح الزوجة فيه حقّ التفريق مغلّبًا في ذلك الجانب المادّي (المبحث الثاني)، والتفريق لكلّ ضرر معتبر شرعًا الذي تغلب فيه الحالات التي تطلب فيها الزوجة التفريق على أساس الضرر المادّي (الضرب المبرح، أخذ مالها بدون رضاها) (المبحث الثالث).

1 - راجع محمد عبد الستار الجبالي، الضرر المخوّل للمرأة حقّ التطليق في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدّمة غلى كلّية الشريعة والقانون لنيل درجة العالمية (الدكتوراه) في الفقه العام، القاهرة، 1409 هـ، 1989، ص 98 – 99. انظر أيضًا: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد 2: مصادر الالتزام، جزء 1، ص 764.

# المبحث الأول

## التطليق لعدم الإنفاق في الشريعة والقانون

تعتبر النفقة من أهمّ الحقوق التي للزوجة على زوجها، حث ثبت لها ذلك بالكتاب والسنّة والإجماع المعقول، إذ جاء في كتابه تعالى ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾[1]. وكذلك قوله تعالى ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾[2]، فقد قرّرت لها النفقة مقابل احتباس زوجها لها وخدمته وتلبية طلباته[3]، وتتمثّل النفقة في توفير كلّ ما يلزم الزوجة من مأكل ومشرب وملبس ومسكن[4]، وذلك حسب حال الزوجين. ومقدارها يختلف من زوجة لأخرى. إلا أنّ المعمول به عادة أن الزّوج مطالب بالإنفاق عليها بحسب وسعه[5]، وبالتالي لا يجوز له حرمانها من حقّها هذا، وهي بدورها يجب أن لا تطالبه بما يفوق طاقته، بل يكون ذلك في حدود المعقول وبدون مبالغة، عملاً بما هو معروف بين مثيلاتها من النساء، حتّى ولو كان ذلك حقًا خالصًا لها[6]. لكن إذا ما حصل وأعسر الزوج بالنفقة أو امتنع عن الإنفاق لأيّ سبب من الأسباب وأخلّ بالتزامه بالنفقة تجاهها، فكيف يكون موقف الزوجة: هل لها طلب فكّ هذه الرابطة لرفع الضرر المادي الذي لحقها من جراء ذلك، وهو تدهور صحتها ولعدم إعالتها، وعدم علاجها أو كسوتها، أم عليها أن تصبر وتقف إلى جانبه إلى حين تجاوز هذه المرحلة الصعبة؟

1 - سورة البقرة، الآية: 231.

2 - سورة الطلاق، الآية: 6.

3 - وهذا ثابت بالمعقول أنّها تستحقّ النفقة، جزاء احتباسها لزوجها وخدمتها له.

4 - وهذا متفق عليه بين أغلب الفقهاء. وأضاف المالكية العلاج.

5 - هناك اختلاف بين الفقهاء في تقدير النفقة، هناك من يرى أنّها تكون حسب حال الزوج، ورأي آخر يقول حسب حال الزوجة، وثالث يقول يُراعى في تقديرها حال الزوجين. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969، ص 583.

6 - راجع المادّة 74 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على أنّه: « ***تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون*** ». وتنصّ المادّة 78 على أنّه « ***تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة*** ».

فللردّ على هذه التساؤلات سنتناول هذا الموضوع من الجانب الفقهي (المطلب الأوّل) ومن الجانب القانوني في (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## التطليق لعدم الإنفاق لدى فقهاء الشريعة

تضاربت الآراء الفقهية من حيث إجازة وعدم إجازة طلب التفريق للزوجة بسبب إعسار الزوج بالنفقة، فهناك من يرى أنّه لا يجوز في أي حال من الأحوال للزوجة طلب التفريق في مثل هذه الحالة، وهذا الرأي أخذ به الحنفية، حيث استدلّوا على ذلك بأدلة من القرآن والسنة والمعقول، وهناك رأي آخر يمثله جمهور الفقهاء، حيث يرون أنّه في مثل هذه الحالة لا تلزم الزوجة بتحمل هذا الضرر إن لم تستطع ذلك، بل يجب أن تعطى لها حرية الاختيار، فإذا اختارت ذلك فلها حق رفع أمرها للقاضي لفك هذه الرابطة، إلا أنّ أصحاب هذا الرأي بالرغم من اتفاقهم من حيث المبدأ، وهو إجازة التفريق، إلا أنّهم اختلفوا في بعض التفصيلات[1].

وبهذا سنتعرض لكل رأي على حدة، ولمختلف الأدلة التي جاءوا بها.

### الفرع الأول

### الآراء الفقهية

**1 - جواز التفريق لعدم الإنفاق:**

إنّ المبدأ أو الأساس الذي اتفق عليه جمهور الفقهاء (المالكية والحنابلة والشافعية) هو أنّ من حق الزوجة التي لا ينفق عليها زوجها أن تطلب من القاضي أن يزيل عنها الضرر الناتج عن ذلك، وذلك عن طريق رفع دعوى التطليق، فإن استطاعت أن تثبت ادعاءها يعمل القاضي على أمر الزوج بالإنفاق عليها، وإلا طلّق عليه، فإن رفض الزوج مع قدرته على الإنفاق، وعدم إعلانه أو التصريح بأنّه معسر قام القاضي بتطليقها منه، ولتأكيد صحّة رأيهم هذا جاءوا بأدلّة مختلفة من الكتاب والسنّة، ومن

1 - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، ط 2، دار الكتب السلفيّة، القاهرة، د.ت، ص 404.

الأثر عن الصحابة والتابعين، وبالقياس كذلك. وبالتالي سنتناول هذه الأدلّة بنوع من التفصيل.

**أ - من الكتاب:**

استدلوا بقوله تعالى: ﴿ ***وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ*** ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿ ***فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ*** ﴾ [2]. وقوله أيضًا ﴿ ***وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا*** ﴾[3].

**وجه الاستدلال:** إنّ الإمساك مع ترك الإنفاق ليس إمساكًا بمعروف، فلذا يتعين عليه إذا لم يستطع الإنفاق، التسريح بإحسان أي طلاق زوجته، كما قال القرطبي: « ***إنّ من الإمساك بالمعروف أنّ الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، والجور لا صبر عليه*** »[4].

- **أمّا وجه الاستدلال بالآية الثانية:** فهو أنّ الله نهى الأزواج عن إمساك زوجاتهم للإضرار بهن لأنّ في هذا الإمساك ضررًا، حيث بتمساكه هذا دون الإنفاق عليها، يتوفر عنصر الضرر، فهو يعتبر معتديا عليها بتمساكه إياها دون الإنفاق عليها، فعليه بتسريحها لعلها تجد سواه، فإن تحقق هذا الاعتداء من طرفه على الزوجة فلها أن ترفع أمرها للقاضي ليرفع الظلم عنها، فيأمره بالطلاق، فإن لم يفعل طلّقها هو.

**ب - من السنّة:**

بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله ﷺ: « ***أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول***

1 - سورة النساء، الآية: 19.

2 - سورة البقرة 229.

3 - سورة البقرة 231.

4 - القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، مجلد 2، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 5، 1417 هـ، الموافق لـ 1996م، ص 84.

***المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني*** »[1]. فقالوا: « ***يا أبا هريرة أسمعت هذا من رسول الله ﷺ ؟ قال: لا هذا من كيس أبي هريرة*** »[2].

**وجه الاستدلال:** قالوا أن المترتب على عدم الإنفاق، هو التفريق، ولو لم يكن كذلك لبين رسول ﷺ أنه ليس للمرأة أن تطلب التفريق بسبب عدم الإنفاق.

**ممّا روي عن الصحابة:**

إن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا. فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا [3].

وروي عن سعيد بن المسيب أنّه سئل عن الرجل لا يجد ما ينفقه على أهله قال: "يفرق بينهما".

**جـ - من القياس:** لقد أجمع الفقهاء ما عدا ابن حزم على أنّ لزوجة العنين أن تطلب الطلاق من القاضي وذلك لتضررها، والضرر لعدم الإنفاق يعتبر أشد وقعًا من الضرر بالعنّة.

**د - من المعقول:** إذا استحقّت المرأة أن تفسخ النكاح للجبّ والعنّة، فلها ذلك للعجز عن النفقة من باب أولى، لأنّ البدن لا يقوم بدونها بخلاف الوطء.

وما دامت النفقة في مقابل الاستمتاع، بدليل أن الناشز لا نفقة لها، فإن لم يجد ما ينفقه عليها سقط حقه في الاستمتاع، وبالتالي وجب الخيار للزوجة في طلب التطليق.

---

1 - الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مجلد 3، ج 6، دار الجيل، بيروت، 1297هـ، ص 324 و 325. وانظر أيضًا: مغني المحتاج، ج 3، ص 352.
وانظر أيضًا: ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد الثاني، ج 4، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.ت.ن، ص 152.

2 - البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة بن بردزبة، صحيح البخاري، المجلد 4، ج 7، باب وجوب النفقة، المكتبة الثقافية، بيروت، ص 1168. وانظر أيضًا: الشوكاني، مرجع سابق، ص 324.

3 - ابن قدامة، أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 7، مكتبة الجمهورية العربية، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.ت.ن، ص 574.

**2 - عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق:**

يرى أصحاب هذا الرأي الذي يقول به الحنفية والظاهرية أنّه لا يجوز للقاضي حقّ التفريق بين المرأة وزوجها إلا في حالة العيوب التناسلية، فبالتالي لا يمنحون المرأة حقّ طلب التفريق بسبب الإعسار بالنفقه، وهم يرون أنه ليس للمرأة التي يعسر زوجها طلب التطليق بل من حقها أن تستدين عليه، وإلا خرجت للعمل إن أمكنها ذلك. وذهب الظاهرية إلى أبعد من ذلك حيث يرون أنه على الزوجة الميسورة الحال أن تنفق من مالها، وليس لها أن تطالبه بما أنفقته إذا ما أيسر، واستدلوا على رأيهم هذا بأدلة مختلفة.

وسنتعرض لأدلة أصحاب هذا الرأي بنوع من التفصيل.

**أ – من القرآن الكريم:**

قال الله تعالى: ﴿ **لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ** ﴾ [1]. وقوله أيضًا ﴿ **وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً** ﴾[2].

ووجه الاستدلال أنّ الله سبحانه وتعالى لم يكلفه إلا ما أتاه، فإذا لم يقدر على النفقة فلم يكلفه الله بها وبالتالي لم يجز التفريق بينهما لعجزه عن الإنفاق.

وقوله تعالى: ﴿ **وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ** ﴾ [3] . وقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ** ﴾ [4].

**وجه الاستدلال:** قالوا إن الله سبحانه وتعالى: ندب إلى إنكاح الفقير فلا يجوز أن يكون الفقر سببًا للفرقة وهو مندوب معه إلى النكاح[5].

---

1 - سورة الطلاق، الآية: 7.
2 - سورة الطلاق، الآية: 7.
3 - سورة النور، الآية: 32.
4 - سورة البقرة، الآية: 280.
5 - جامع أحكام القرآن للقرطبي، المجلد 6، ص 158 – 160، ج 12، مرجع سابق.

**ب – من السنة:**

لم يثبت عن الرسول ﷺ أنّه طلّق امرأة من زوجها بسبب عدم الإنفاق، عن جابر بن عبد ا رضي ا عنه قال: دخل أبو بكر يستأذن على رسول ا ﷺ، فوجد الناس جلوسًا ببابه لم يؤذن لأحد منهم، قال فأذن لأبي بكر فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجدا النبي جالسا حول نسائه واجما ساكتا، فقال أبو بكر: لأقولنّ شيئا أضحك النبي ﷺ فقال: « ***يا رسول ا لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها*** ». فضحك رسول ا ﷺ وقال: هن حولي كما ترى يسألني النفقة، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها [1]، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن رسول ا ما ليس عنده، فقلن وا لا نسأل رسول ا شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرًا.

**وجه الاستدلال:** إن ضرب أبي بكر رضي ا عنه وعمر رضي ا عنهما ابنتيهما بحضرة رسول ﷺ لأجل مطالبتهما له بالنفقة التي لا يجدها يدل على عدم جواز التفرقة لمجرّد الإعسار بها، لأنه إن كانتا محقتين ما أقرّهما ﷺ على ذلك.

**جـ - من الواقع:** استدلوا بواقع الصحابة في كون أكثرهم كانوا على حالة من الفاقة والاحتياج، ولم ينقل عنه ﷺ أنّه مكّن امرأة واحدة من الفسخ للإعسار، ولا أعلمها أن الفسخ حقا لها، ولو كان كذلك ، لوجدت ولو واحدة تطالب بحقها.

**د – من المعقول:** من المقرّر شرعًا أنّه إذا اجتمع ضرران ارتكب أخفّ الضررين، والضرر الذي يترتّب على التفريق يؤدّي إلى ضياع حقّ الزوج كلّية، أمّا الضرر الذي يترتّب على عدم التفريق هو تأخير حقّ الزوجة، فطبقًا لهذه القاعدة يكون عدم التفريق أخفّ الضررين.

وقالوا أيضًا إنّ المال غادٍ ورائح، وقد جعل ا الزواج عقدًا دائمًا وميثاقًا غليظًا فلا ينبغي أن يكون الإعسار، وهو يأتي ويروح سببًا للتفريق، وإلا كان الزواج كلّه في مهبّ الريح.

---

1 - رواه مسلم في صحيحه، من حديث أبي الزبير عن جابر. من السنّة أنّه لم ينقل عن الرسول ﷺ أنّه طلّق الزوجة على زوجها لامتناعه عن الإنفاق عليها. يجأ عنقها: يضرب عنقها.

وقالوا أيضًا: إنّ إبقاء الزواج مع الإعسار يفوّت المال، وهو من التوابع، أمّا فسخ الزواج للإعسار فيؤدّي إلى فوات التناسل، وهو الغرض الأساسي من الزواج، فلا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي[1].

### 3 - مناقشة آراء الفقهاء:

بعد أن تطرقنا إلى الأدلة المقدمة من أصحاب الرأيين المختلفين والتي استدلوا بها على رأيهم، وذلك من الكتاب والسنة والمعقول والقياس، يمكننا الإدلاء بالملاحظات الآتية:

- بالنسبة للآيات القرآنية التي استدل بها أصحاب الرأي الأول: ﴿ **وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا** ﴾، وقوله: ﴿ **فإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بإحْسَانٍ** ﴾، وقول الرسول ﷺ: « ***لا ضرر ولا ضرار*** »، فأنا حسب رأيي الشخصي في ذلك نوع من الإجحاف في حقّ الزوج المعسر بسبب لا يد له فيه، لأنّه في هذه الحالة يغيب عنصر الضرر، حيث لا يمكن أن يتحقّق عنصر الضرر الذي يعطي للزوجة حقّ طلب التطليق ما دام لم يتعمّد الإضرار بها، أي حرمانها من حقّها في النفقة من لباس ومأكل ومشرب، مع قدرته على ذلك، فلذا أجد أنّ أصحاب الرأي الثاني جاءوا بأدلّة أكثر عقلانية ومطابقة أكثر لواقعنا الإنساني والديني والاجتماعي. فإذا ما حدث وأعسر الزوج لسبب لا يد له فيه، بعد أن كان يقوم بواجبه هذا على أكمل وجه، فمن غير العدل أن تقوم زوجته في مثل هذه الحالة بطلب التفريق بينهما، ناسية فضله عليها، بل عليها الوقوف إلى جانبه ومساعدته على تجاوز هذه المحنة، عملاً بما عملاً بما أمرتنا به شريعتنا السمحاء، لأنّ دوام الحال من المحال، تطبيقًا لقوله تعالى ﴿ **فإنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً** ﴾ [2]

---

1 - « ***إنّه إذا كان الزوج قد غرّر بالمرأة وأوهمها بأنّه ذو مال فتزوّجته على ذلك ثمّ ظهر أنّه معسر، أو كان لديه مال، وامتنع عن الإنفاق، ولم تستطع الأخذ منه بنفسها ولا بالحاكم كان لها الفسخ، أمّا إذا كانت عالمة بإعساره أو موسرًا ثم أعسر فلا فسخ لها*** ». ابن قيم الجوزية، زاد الميعاد، ج 4، مج 2، مرجع سابق، ص 155.

2 - سورة الانشراح، الآية: 5.

## الفرع الثاني
## الأحكام الخاصة بالتفريق لعدم الإنفاق

رغم اتفاق جمهور الفقهاء كما رأينا على جواز التفريق بسبب عدم الإنفاق إلاّ أنّهم اختلفوا في معالجة هذه القضية، وهي مدى حرية الزوجة في استعمال هذا الحق أي حقها في طلب التفريق لعدم الإنفاق عليها، ونقاط الاختلاف بينهم هي:

1- حالة امتناع الزوج عن الإنفاق رغم قدرته على ذلك.
2- متى يثبت للزوجة حقّ طلب التطليق إذا لم ينفق عليها زوجها؟
3- ما هو أثر علم الزوجة بإعسار زوجها على إسقاط حقها في طلب التفريق.
4- ما هو حدّ النفقة الذي إذا وصل إليها الإعسار تمنح معه الزوجة حق طلب التفريق.
5- أثر هذه الفرقة هل هو فسخ أو طلاق؟

وسنتناول معالجة كل حالة على حدة.

**1 – حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته:**

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يدع إعسارا- بأن أقر باليسار أو سكت، فالظاهر في مذهب الشافعي أنّ المرأة لا حقّ لها في طلب الفرقة، لعدم ثبوت الإعسار الذي هو مناط حق التفريق، بدون رضاه. ولو جاء رجوع الزوج عن عناده، وعليها أن تأخذ من ماله ولو بدون رضاه.

أمّا مالك وأحمد فيريان أنّه لها حق التفريق، فإذا ما رفعت أمرها إلى القاضي، وثبتت لدى امتناع الزوج عن الإنفاق، ولم يدع إعسارًا أمره بالإنفاق أو الطلاق. وإذا رفض وتمادى في تعنته، فرق بينهما في الحال من غير إهمال [1]، لأنّ الامتناع عن الإنفاق ظلم ومعاشرة بغير معروف، ورفع الظلم بالإنفاق من ماله متعذر، لأنّ ليس له مال ظاهر، فلم يبق إلاّ أن يؤمر برفع الظلم، فإن فعل، وإلاّ فرق القاضي بينهما لرفع الظلم.

---

1- وعند المالكية إذا ادعى الزوج اليسار مع الإصرار على عدم الإنفاق قيل يطلق القاضي عليه في الحال، وقيل يحبس، فإن أصرّ مع الحبس طلق عليه، ما لم يكن له مال ظاهر. انظر: الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، المكتبة التجارية الكبرى، توزيع دار الفكر، بيروت، ص 461.

أمّا إذا كان له مال ظاهر وامتنع عن الإنفاق فيرى جمهور الفقهاء أن تأخذ منه ما يكفيها بالمعروف إن استطاعت ذلك (حديث عائشة رضي الله عنها أنّ هند بنت عتبة، قالت: « ***يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »***) [1].

ويقول ابن قدامة : « ***أن يمتنع عن الإنفاق مع يساره فإنّ قدّرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها، ولا خيار لها لأنّ النبي ﷺ أمرها بالأخذ ولم يجعل لها الفسخ*** »[2]. وإن كان غائبًا وكان له وكيل، لها أن تطلب من وكيله المال، فإن امتنع فلها حقّ أخذه بنفسها، وإن لم يكن له وكيل، ولم تستطع الأخذ بنفسه، أخذ لها الحاكم من مال.

فإن لم تقدر على الأخذ من ماله رفعت أمرها إلى الحاكم، فيأمره بالإنفاق، فإن أبى حبسه، فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر وله عروض أو عقارات باعها في ذلك- (رأي الجمهور المالكي والشافعي ومحمد وأبي ثور).

**2 – متى يثبت التفريق للإعسار بالنفقة؟**

إذا ما ثبت إعسار الزوج[3] واختارت الزوجة الفراق، فهل يضرب له القاضي أجلا ثم يطلق أم أنه يطلق عليه في الحال؟

تضاربت الآراء حول هذه فمنهم من قال يضرب له أجل، فإذا أنفق انتهى الأمر، وإلا طلق عليه. إذ يروى عن حماد بن أبي سليمان أنه يؤجل سنة قياسا على العنين، وعن عمر بن عبد العزيز قوله: « اضربوا له شهرًا أو شهرين» وقال مالك الشهر ونحوه، وقول للشافعي أنه يؤجل ثلاث[4] وقيل يمهل يوما واحدًا، لأنّ الله سبحانه

---

1- البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، المجلد الرابع، ج 7، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ص 117. انظر أيضًا: الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، ج 3، دار الجيل، بيروت، ص 1161.

2- ابن قدامة، المغني، ج 7، كتاب النفقات، مرجع سابق، ص 575، وانظر مغني المحتاج، 442/3.

3 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 151. والإثبات يكون بالبيّنة أو بإقرارها هي عند مالك، أمّا عند الشافعيّة فيثبت بالبيّنة أو بإقراره هو.

4 - انظر ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 574.

وتعالى يقول: ﴿ **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ** ﴾ [1]. ثم إنّ التفريق بسبب الإعسار عن النفقة لرفع الضرر الذي يلحق بالمرأة من جراء العجز عن الإنفاق عليها، فربما في هذا الإنظار ما يؤدي إلى تراجع الزوجة عن المطالبة بالتطليق وتصبر معه حتى يبدل الله حاله لقوله تعالى: ﴿ **فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً** ﴾.

ب - أما الحنابلة فيرفضون هذه النظرة ويرون أنه يثبت على الفور دون تأجيل وهو رأي الشافعية في القديم والقول المعتمد عن المالكية، إذ يقول ابن قدامه: « ***فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار وهذا أحد قولي الشافعي*** » [2].

واستدلوا بالأثر المروي عن عمر رضي الله عنه أنه بعث إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى.

ولكن ما دام الإنسان معرّضًا لليسر والعسر في هذه الحياة الدنيا بما فيها من ظروف معيشة صعبة، فلهذا فالقول بإعطائه مهلة أولى بالاعتبار، ويكون أصلح للزوجين، فبالنسبة للزوجة ممكن أن تتراجع عن رأيها، وبالنسبة للزوج عسى أن يرزقه الله من فضله ويصبح ميسورًا. ومهمة تقدير المدة تترك لقاضي الموضوع بمراعاة ظروف الطرفين والإنظار يعتبر كذلك سيرا بما أوصتنا به شريعتنا: ﴿ **فَإِنْ كَانَ ذو مَعسرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسره** ﴾.

### 1- أثر علم الزوجة بإعسار الزوج عند العقد:

يرى الإمام مالك أنّ علم المرأة بإعسار زوجها عند العقد ورضائها به، لا يحقّ لها معه أن تطلب الفسخ بعد الدخول، وهذا قياسًا على من تزوجت عنينًا ورضيت به، فلا حقّ لها في طلب التفريق بعد ذلك[3].

1 - سورة البقرة، الآية: 280.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 574. وحاشية الدسوقي، ج 2، مرجع سابق، ص 519

3 - وهذا ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه أيضا. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، ص 461.

أمّا عند الشافعية والحنابلة فيبقى حقها في طلب التطليق قائما بالرغم من علمها بالإعسار ورضاها به، لأن رضاها في مثل هذه الحالة يعتبر تنازلاً عن حقّ وجب، ولعلّه كان رجاء الميسرة، ولا يصحّ إعماله في النفقة المستقبلة التي لم تجب، لأنّ التنازل عن غير الواجب لا يعتد به، كالإبراء من المهر قبل العقد، وإسقاط حق الشفعة قبل البيع[1].

**4 - حدّ الإعسار الذي يحق معه للزوجة طلب التفريق:**

اتفق الأئمة الثلاثة على إجازة التفريق لعدم الإنفاق، وعلى أنّ الإعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية في أدنى أحوالها وعلى أنّ العجز عن النفقة الماضية لا يوجب التفريق إنما الذي يوجب التفريق وهو العجز عن النفقة الحاضرة والمستقبلة، لأنّ الماضية تعتبر دينا، ومن يعجز عنه ينتظر إلى ميسرة[2] ولأنّ التفريق للإعسار سببه دفع الضرر عنها في بدنها، فإنه لا يتحقق ذلك في متجمد النفقة، فالتفريق للإعسار يكون للتخلص من الجوع والعري في المستقبل.

**5 – مدى حقّ الزوجة الموسرة في طلب التطليق:**

اتفق الأئمّة الثلاثة على جواز التفريق لعدم الإنفاق، سواء كانت الزوجة معسرة أو موسرة، وهذا ما جاء في حاشية الدسوقي عن الدردير أنّ أشهب لا يجعل لغير المحتاجة من النساء حقّ طلب التفريق، ونجد كذلك أنّ ابن حزم (من الظاهرية) قد بالغت في ذلك، حيث قال: « إنّ المرأة الموسرة عليها نفقة زوجها إذا أعسر، ولا ترجع عليه بما أنفقته بعد يُسره، واستدلّ بقوله تعالى: ﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إلا وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ** ﴾ [3].

1 - ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 577. وانظر كذلك عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 583.
2 - علي حسب ا ، الفرقة بين الزوجين وما يتعلّق بها من عدّة ونسب، دار الفكر العربي، مصر، د.ت.ن، ص 137.
وانظر كذلك: عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 581 – 584.
3 - سورة البقرة، الآية: 233. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، مرجع سابق، ص 326.

**6 - نوع الفرقة:**

بعد ما تناولنا هذه المذاهب المختلفة والقائلة بالتفريق لعدم لإنفاق يجد أنهم اختلفوا في تصنيفهم لنوع الفرقة هذه، بحيث نجد أن الإمام مالك (رضي ا عنه) يرى أنّ التفريق لعدم الإنفاق طلاق رجعي، وقال أحمد والشافعي إنه فسخ لا يحسب من عدد الطلقات ووجهة مالك أنّ الفرقة لعدم الإنفاق تشبه الفرقة بالإيلاء. لأنّ كليهما منع للمضارة، ولأنّ الإيلاء عنده طلاق رجعي، فالفرقة لعدم الإنفاق طلاق رجعي.

أما حجة الشافعي وأحمد في أنّه فسخ، أنّ هذا التفريق بسبب العجز عن النفقة وهو حق للزوجة عليه، وما دام لم يقع الطلاق بلسانه ولا بأمره بل بحكم القاضي، فإنّه لا يمكن احتسابه من عدد الطلقات التي يملكها، فإذا استأنفا الحياة الزوجة لا يحتسب من عدد طلقاتها، بل هو فسخ للنكاح[1] .

أما مالك الذي جعله طلاقًا رجعيا فلا يجيز الرجعة إلا إذا زال السبب الموجب للتفريق، بأن يكون قادرا على الإنفاق إذا كان قد ثبت إعساره، يكون مستعدا للإنفاق إذا كان قد فرقا لامتناعه. والبعض أضاف حتّى ولو رغبت هي في الرجعة يجب التثبّت من قدرته على الإنفاق عليها على حسب حاله، أي يجب أن يزول الضرر الذي من اجله حدث التطليق حتّى تجوز الرجعة[2].

المطلب الثاني

موقف القانون من التطليق لعدم الإنفاق

بعدما رأينا في المطلب الأوّل تضارب الآراء الفقهية من حيث إجازة وعدم إجازة طلب التطليق من طرف الزوجة لعدم إنفاق الزوج عليها، نجد المشرّع الجزائري قد حذا حذو الرأي القائل بحقّ المرأة في التفريق إذا ما حرمها زوجها من حقّها في النفقة، وهذا ما نجده واضحًا في نصّ المواد الآتية:

---

1 - ابن قدامة، مرجع سابق، ص 377. مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 354 – 355.

2 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، مرجع سابق، ص 462.

- تنص المادّة 1/53 ق أج: « ***يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية*** »

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80، من هذا القانون.

المادّة 78: « ***يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم*** ».

المادّة 79: « ***تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة*** ».

المادّة 80: « ***تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بيّنه لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى*** » [1].

من نص الفقرة الأولى من المادّة 53 يتضح لنا موقف المشرع الجزائري من منح الزوجة حق طلب التطليق لتضررها من عدم إنفاق زوجها عليها، وهنا أخذًا برأي جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة الذين أجازوا ذلك. إلا أنّنا من خلال تحليلنا لهذه الفقرة نجدها ذكرت عدّة شروط يجب توافرها لكي تتمكن الزوجة من طلب فك الرابطة الزوجية بسبب تحقق هذا الضرر من جراء عدم إنفاق زوجها عليها، وهذه الشروط نبيّنها في الفرع الآتي:

## الفرع الأوّل

## شروط منح الزوجة حق التطليق

لكي يتسنّى للزوجة المتضرّرة من امتناع زوجها من الإنفاق عليها اشترط القانون عدّة شروط يجب أن تكون مكتملة ليحكم لها بالتطليق إذا ما طلبت ذلك، وهذه الشروط هي:

- أن يكون امتناع الزوج عن الإنفاق بعد صدور الحكم.
- أن لا يكون امتناعه عن الإنفاق بسبب عسره.
- أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج.

1 - أمر رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ، الموافق لـ 9 جوان 1984، يتضمّن قانون الأسرة.

**1 - أن يكون امتناع الزوج عن الإنفاق بعد صدور الحكم:**

يجب أولاً أن يكون الزوج قد امتنع عن الإنفاق عمدا وتقوم الزوجة المتضررة من ذلك برفع دعوى للمطالبة بالنفقة، وعليها أن تنتظر إلى أن يصدر الحكم الذي يلزمه بأدائها، وإذا امتنع بعد ذلك عن تنفيذ ما حُكم به، وبدا منه الرفض التام، وعن قصد، للقيام بما ألزمه به القضاء، جاز لها طلب التطليق عن طريق رفع دعوى لطلب رفع الضرر اللاحق بها، والمراد بالنفقة هنا هي النفقة الواجبة لا الضرورية.

**2 - أن لا يكون امتناعه عن الإنفاق بسبب عسره:**

ما دام الزوج لا يخلو من أن يكون موسرا أو معسرا، فإذا حدث وأصبح معسرا، بعدما كان يقوم بواجبه في الإنفاق على زوجته كما يتطلب الشرع والقانون، فتغيّر حاله هذا لا يتحقّق فيه ظلم هنا، لأن العسر بيد ا - فلهذا لا يطلق عليه القاضي بسبب لا يد له فيه، أما كان موسرا وله مال ظاهر وادعى العجز، فهنا للقاضي أن يلعب دوره بناء على معطيات القضية، والأدلة المقدمة من طرف الزوجة والظروف المحيطة بالقضية.

**3 - أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج:**

فهذا يعني أنه إذا علمت وقت الزواج أنه معسر، ورضيت به كزوج فإنّه لا يثبت لها حق طلب التطليق منه بعد ذلك بسبب إعساره بالنفقة[1]، وعبء الإثبات هنا يقع على الطرف الآخر وهو الزوج، بكلّ وسائل الإثبات، ولكن هنا يمكن للزوجة أن تدافع عن حقها بطريقتين:

- هي إثبات أن الزوج قد أغرّ بها أثناء العقد وتظاهر لها بصفة الموسر، أو أنها علمت بعسره، وقبلت به، ولكن كان أملها أن يتغير حاله إلى الأحسن إلا أنه تغير إلى الأسوأ، فإن استطاعت أن تثبت ذلك فإنّه يُنظر بعد صدور الحكم بالنفقة، فإن لم ينفّذ وطال عسره، وليس هناك أيّ أمل في يسره، طلّق عليه القاضي.

1 - وهذا ما أخذ به المالكية، أمّا عند الشافعيّة فيحقّ لها ذلك حتّى ولو رضيت بإعساره عند العقد.

## الفرع الثاني
## أحكام التفريق لعدم الإنفاق

### 1 - الضرر الذي يحق معه للزوجة طلب التطليق:

من نص المادّة 1/53 يظهر لنا واضحا أنّ المشرع الجزائري منح الزوجة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها على أساس الضرر المادي الذي لحقها بسبب عدم الإنفاق عليها من طرف زوجها – فهي كانت قد اكتسبت هذا الحق بمجرد الدخول بها ما لم تكن ناشزا طبعا، وهذا طبقا للمادة 73، والضرر المادي هذا يتحقق بمجرد عدم الحصول على ما يكفيها من غذاء، ولباس وعلاج...، فهي بالتالي سوف يلحقها ضرر في جسمها وصحتها سواء بسبب الجوع أو العري...إلخ (المادّة 78). فإذا تحقق هذا الأضرار بها ولم تستطع أن تصبر على ذلك، لأنّ درجة الصبر تختلف من امرأة لأخرى فلها الحق أن ترفع دعوى للقاضي لتطلب التفريق بينها وبين زوجها، وعليها إثبات عدم الإنفاق عليها بكل الوسائل، وفي اغلب الأحيان يكون بالشهود، ويكون بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، ولا تجوز الشهادة بالتسامع. وذلك لأن في أغلب الأحيان يعمل الزوج على نفي ادعائها، فيكون عليها أداء اليمين[1]، فإذا ثبت ذلك يُحكم لها بالتطليق، وذلك عملاً بمبادئ شريعتنا الإسلامية "لا ضرر ولا ضرار".

### 2 - الحد الذي يصل إليه العجز لمنح الزوجة حق التطليق

وردت في المادّة 79- عبارة "ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" فإذا اعتبرنا أنّ هذا هو المعيار، فإن أعسر الزوج به لا تمنح المرأة حق طلب التطليق، لأنه مهما يكن من اعتبار الأمور التي تعد عرفًا وعادة لا يصل بالضرورة إلى حدّ الحكم بالتطليق.

وقد رأينا في المطلب الأوّل الخاص بآراء الفقهاء أنّ الرأي القائل بالتفريق للإعسار بالنفقة كانوا قد حدّدوه بالعجز عن الضروري الذي يدفع الجوع والعري لا عمّا زاد عن هذا الضروري، وبالتالي كان على المشرع أن يبين حد النفقة التي إذا

1 - قرار بتاريخ 1989/11/27، ملفّ رقم 56249، مجلّة قضائية/92، ص 51.

أعسر الزوج بها أو رفضها قال: "كذا وكذا" – فإنّها تخوّل للمرأة حق طلب التطليق وبالتالي ينتهي الإشكال.

### 3 - حالة حصول الزوجة علĂ النفقة من شخ ţ ĉخر 3ير زوجها:

- لم يبيّن المشرع ما إذا كان المنفق على الزوجة غير الزوج فبالرجوع إلى أحكام إلى الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء لا يمنحونها حق طلب التفريق في مثل هذه الحالة، فإذا ما وجد شخص أخر غير زوجها أي من أقربائه (وهنا خاص عند المالكية)
- فمثل هذه الحالة كثيرًا ما تحدث في مجتمعاتنا العربية الإسلامية.

### 4 - حالة امتناĊ الزوج عن الإنفاق مع قدرته علĂ ذلþ:

بالرغم من أنّ المشرع الجزائري لم ينصّ صراحة على هذه الحالة في المادّة53، مع أنّ فقهاء الشريعة كانوا قد عالجوا هذه القضية بالتفصيل، إذ يرون أنه من حق المرأة أن تأخذ من مال زوجها وتنفق على نفسها وإن كان لها أولاد تأخذ ما يكفيها وأبناءها، وهذا طبعا إن استطاعت بالمعروف، فإن لم تقدر ألزمه القاضي بدفع النفقة من ماله، فإن رفض حبسه، فإن صبر على الحبس نفذ القاضي من ماله، هذا إن كان له مال ظاهر، أمّا إذا لم يكن له مال ظاهر، وكانت له عروض أو عقارات باعها عليه.

### 5 - متĂ يثبت للزوجة الحق في طلب التطليق؟

لا يثبت للزوجة الحق في طلب التطليق لعدم الإنفاق إلا بعد امتناع الزوج عن النفقة، ويكون قد صدر الحكم الذي يلزمه بالإنفاق، فبهذا يكون المشرع الجزائري قد وافق جمهور الفقهاء القائلين بجواز التفريق للأعسار بإنظار الزوج الممتنع مهلة[1]، (والذي ليس له مال ظاهر)، إلا أنّه كان الأجدر بالمشرع تحديد هذه المدة التي على الزوجة أن تنتظرها بعد الحكم لها بالنفقة، والتي يمكنها بعدها طلب التطليق. وحدّدت هذه المدّة من طرف أحمد والشافعي بين ثلاثة أيّام وشهر ابتداء من تاريخ التصريح بالحكم، أمّا مالك فجعلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي يحدّدها حسب مقتضى الحال، مراعاة لظروف

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 407. ومصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعيّة، بيروت، 1403 هـ، الموافق لـ 1983 م، ص 560.

معيشة الزوجين والظروف المحيطة بهما. ويرى مالك أنّ بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره، وبعد صدور الحكم بالنفقة جائز شرعًا ويسقط حقّها في طلب التطليق[1].

إلا أنّنا نجدها وردت ضمن الجزاءات التي نصت عليها المادّة 331 ق ع ج إن تنص على أنه: « كلّ من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء النفقة الشرعية يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج، ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، وأن الإعسار الناتج عن الاعتياد على السلوك السيء أو الكسل أو السكر لا يعتبر عذر مقبولاً [2].

**6 - نوع الفرقة:**

بالرغم من أنّ المشرع الجزائري لم ينص على نوع هذه الفرقة صراحة في المادة 53 إلا أنّ الظاهر هنا أنه يقع رجعيا، بحيث يجوز معه للزوج مراجعة زوجته في العدة، بشرط أن يثبت يساره، وقدرته على الإنفاق عليها- وهذا ما يمكن استنتاجه من م/48 ق أ ج [3]، حيث اعتبرت التطليق لعدم الإنفاق يحتسب في عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، وحتى إذا ما بقي فقيرا وراجع زوجته وكانت راضية بذلك، صحت الرجعة لأن ذلك من حقوقها ( وهذا ما أخذ به المذهب المالكي ) .

ونحن نجد أن هذا أقرب إلى الواقع والمعقول، فإذا اعتبرنا التطليق لرفع الضرر وطلّقنا عليه زوجته بسبب إعساره فإنّنا نكون قد ألحقنا به ضررًا أكبر، وهو تطليق

---

1 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 407. وأيضًا: محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 560.

2 - أمر رقم 66 – 156، مؤرخ في صفر 1386 هـ، الموافق لـ يونيو 1966م، يتضمّن قانون العقوبات، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 69 – 74، المؤرخ في 16 سبتمبر 1969، وأمر رقم 75 – 47 والقانون رقم 78 – 03، والقانون رقم 82 – 04، والقانون رقم 88 – 26، القانون رقم 89 – 05، والقانو رقم 90 – 02.
انظر أيضًا قرار رقم 34791 مؤرخ في 1984/11/19 م ق، 1989، ج 3 ص 76، (قضاء المحكمة العليا، ج1 و ج2، الأحول الشخصية، 1992).

3 - تنصّ المادّة 48 ق أ ج على ما يلي: « ***الطلاق حلّ عقد الزواج، ويتّم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادّتين 53 و 54 من هذا القانون*** ».

زوجته عليه بسبب لا يد له فيه، نحمله نتائج وخيمة يمكن أن تؤدّي إلى تدهور شخصيته وحياته، ولأنّ حقّ الزوجة في طلب التطليق شرّع لرفع الضرر المادّي اللاحق بها، فإذا زال هذا السبب وأثبت يسره، حق له مراجعة زوجة في فترة العدة، ونعني بهذا يساره بالنسبة للنفقة الحاضرة والمستقبلة، أما الماضية، فإنها تعتبر دينًا في ذمته مثل باقي الديون.

واستعداد الزوج للإنفاق عليها أثناء العدّة من الأمور الموضوعية التي تخضع لقاضي الموضوع.

وقد جرى العمل في المحاكم المصرية على عدم الاكتفاء باستعداد الزوج للإنفاق في المستقبل، بل تطلب منه المحكمة عرض النفقة الحاضرة، أي نفقة شهر، بينما لا يكتفي بعضها بهذه النفقة إذا رأى أنّ امتناع الزوج عن الإنفاق كان لفترة طويلة، ممّا لا تطمئنّ معه، أي استعداده للإنفاق[1].

الفرع الثالث

مقارنة القانون الجزائري مع بعض القوانين الأخرى وإبداء بعض الاقتراحات

**أولا – النصوص القانونيّة:**

إنّ أغلب التشريعات العربيّة نصّت على حقّ الزوجة في التطليق بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق، ولكن سواء كان حاضرًا أو غائبًا، إلا أنّها فصّلت في الشروط والإجراءات الواجب اتباعها قبل الحكم للزوجة بالتطليق، حيث إنّ أغلبها حدّدت مدّة إنظار الزوج العاجز عن الإنفاق بشهر قبل الحكم بتطليق زوجته منه، وأغلبها كذلك جعلت الطلاق في هذه الحالة رجعيًا، فلذا سنتعرّض إلى كلّ من هذه النصوص القانونية التي تناولت هذه المسألة.

**1 - القانون المصري:**

1 - المستشار عمرو عيسى الفقي، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، ملحق لأحكام محكمة النقض حتى سنة 1997، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بور سعيد، مصر، 1998، ص 19.

المادة 4 « *إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر، ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال* ».

« *وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالا وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك* ».

المادّة 5: « *إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل*...».

المادّة 6: « *تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره، واستعدا للإنفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة* »[1].

**2 - القانون السوري:**

المادّة 1/110: « *يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة* ».

ف 2 : « *إن ثبت عجزه أو كان غائبا أمهله القاضي مدة متناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما* ».

المادّة 111: « *تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا للزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق* »[2].

---

1 - المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المعدّل بالقانون 100 لسنة 1985، المتضمّن القانون المصري.

2 - قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكّرته الإيضاحية، والمعدّل بالقانون رقم 34 لعام 1975.

**3 – القانون المغربي:**

وردت فيه نفس المواد التي وردت في القانون السوري وذلك ضمن الفصل الثالث والخمسين من الباب الثاني[1].

**4 – القانون التونسي:**

الفصل 39 من الكتاب الرابع: « ***لا يلزم بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامها عن الإنفاق طلق عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق*** ».

الفصل 40: « ***إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يترك لها نفقة ولم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم مدة شهر عسى أن يظهر ثمّ يطلّق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك*** »[2].

**ثانيًا – المقارنة:**

بمقارنة القانون الجزائري مع هذه النصوص نستنتج:

- أنّ القانون التونسي في الفصل 39 نصّ صراحة على اشتراط عدم علم الزّوجة بعسر زوجها عند العقد، لكي يتسنى لها حق طلب التطليق وهذا ما ورد في المادة 1/53 ق أسرة جزائري، كما رأينا) وأخذًا بالمذهب المالكي.

- أنّ أغلب هذه القوانين لم تعالج حالة ما إذا كان الزّوج معسرًا والزّوجة موسرة أو غنية، أي لها مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها، وهذا ما عالجه بعض الفقهاء، إذ يرون أنّه في مثل هذه الحالة على الزّوجة الغنية أن تنفق هي من مالها إلى حين أن يتيسر حال زوجها، وإذا كانت تستطيع العمل تخرج إلى العمل، ويكون ذلك دينًا لها في ذمّته، وهذا ما تعمل به كثير من النّساء حرصًا على الحياة الزوجية.

1 - مدوّنة الأحوال الشخصية (المغرب)، نشر بالجريدة الرسمية، عدد 1354، الصادرة بتاريخ 13 جمادى الأولى 1377 هـ، الموافق لـ 06 ديجمبر 1957.

2 - أمر مؤرخ في 06 محرّم 1376 هـ (13 أوت 1956) يتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية وقانون الأحوال الشخصية (مجلّة الأحوال الشخصية التونسية).

أمّا إذا لم تكن موظفة ولا كسب لها، فترى بعض المذاهب أنّ لها حق طلب التفريق، ولكن مهما كان حال الزّوجة غنية أو موسرة، فإذا كان الزّوج ظالمًا أي يمتنع عن الإنفاق مع القدرة فهذا يوجب التفريق بينهما.

وهناك بعض المذاهب أباح للزّوجة طلب التّفريق ولو كانت غنية.

- أنّ المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى لم يفرّق بين حالة ما إذا كان الزوج ممتنعًا عن الإنفاق مع قدرته، وحالة عدم قدرته على ذلك.

- أنّ أغلب هذه التشريعات فرّقت بين الحالة التي يكون فيها للزّوج مال ظاهر أو لم يكن له ذلك، والحكم يختلف من حالة لأخرى، وهذا ما لاحظنا في النصّ الخاص بالقانون السوري، والقانون المغربي، والقانون المصري. أمّا القانون الجزائري في المادّة 53 فلم يفرّق بين الحالتين.

- تميّز القانون الجزائري عن باقي التشريعات الأخرى عندما جعل العلاج من مشتملات النفقة وذلك في المادّة 79، وهذا يعتبر شيئا منطقي، لأنّ العلاج أولى من اللباس والمأكل...وإذا لم يعالجها فكيف يطلب منها خدمته؟

- إذا كان المشرع الجزائري جعل السكن من مشتملات النّفقة (المادة 79)، فإذا لم يوفّر لها زوجها سكنا منفردًا، فهل هذا يعطيها حق طلب التطليق لهذا السبب، ونحن نعرف أزمة السكن التي عندنا؟

**الاجتهاد القضائي:**

بالرّغم من نقص ورود مثل هذه الأحكام التفصيلية في النصّ الجزائري، إلا أنّنا نجد القضاء عندنا كانت له اجتهادات ملحوظة في مثل هذه القضايا، لأنّها تعتبر من القضايا الجادّة في وقتنا الحاضر نتيجة لتفاقم المشاكل الأسرية التي في أغلب الأحيان تؤدي إلى الطّلاق، وجاء في قرار المحكمة العليا: « ***إنّ للزّوجة الحق في السّكن المنفرد وبعيدًا عن أهل الزّوج، فليس معنى هذا أنّها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجري على النفقة ...*** ». ولمّا علقت الزوجة طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيدًا عن أهله، فإنّ قضاة المجلس بتأييدهم

الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزّوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية التي زوّت فيه ورفض طلبات الأخرى اعتمادًا على إظهار الزوج عجزه وعدم قدرته على تلبية رغبتها، طبّقوا أحكام الشريعة الإسلامي تطبيقًا صحيحًا[1]. وقد صدر حكم من المحكمة العليا يلزم الزوج بتوفير سكن منفرد للزوجة لتعود إليه[2].

وعليه، لا يمكن اعتبار الزوج ممتنعًا عن الإنفاق إذا كان السبب الوحيد لعدم إنفاقه هو إعساره، ولأنّ هذا ليس بعيب، فقد جاء في قوله تعالى ﴿ **فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا** ﴾، فما دام امتناعه هذا لم يكن بقصد الإضرار بالزّوجة، فبالتالي لا يمكن أن تطلق عليه، وهذا ما نجده لدى كثير من الزوجات، حيث تصبر إلى أن يأتي ا بفرجه، وهذا الرأي أخذ به الدكتور عبد الرحمان الصّابوني[3]، وهذا عملاً بما جاء في قول الإمام مالك رضي ا عنه ، « ***إنّ إبقاء الزّوجة مع زوجها رغم عسره وبعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائز شرعًا ويسقط حق طلب التفريق*** » [4].

**ثالثا - بعض الاقتراحات:**

كان على المشرع الجزائري، تفاديًا لكثير من الإشكالات التي تطرح في قضايا مهمة مثل النزاعات الخاصّة بالنّفقة:

- أن يبيّن حكم حال الزوج الممتنع عن الإنفاق وليس له مال ظاهر وحكم الممتنع الذي له مال ظاهر وإجراءات تنفيذ عليها، وتبيان حكم كلّ حالة.

- النصّ على حالة الزّوجة الميسورة أو الغنيّة، وتبيان إذا كان لها الحقّ في طلب التفريق، أم أنّها ملزمة بالإنفاق من مالها على زوجها المعسر.

تحديد المدّة التي تلزم الزّوجة بانتظارها بعد صدور الحكم على الزوج بالإنفاق، لكي ترفع دعوى طلب التطليق.

---

1 - قرار رقم 44994 مؤرخ في 1987/02/23، مجلة قضائية سنة 1990، ج 3، ص 58.

2 - ملف رقم 213669 بتاريخ 1999/02/06، مجلّة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 219.

3 - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرّيّة الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلاميّة، دار الفكر، د.ت.ن، ص 825.

4 - محمّد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 413.

- وأخيرًا كان عليه تبيان نوع الفرقة: هل هو طلاق بائن أم رجعي، لأنّ لكلّ نوع آثاره الخاصة.

فلذا نقترح أن تكون المادّة بالصياغة الآتية:

للزوجة حقّ طلب التطليق:

1 – إذا امتنع الزوج عن الإنفاق وكان له مال ظاهر حكم القاضي لها بالإنفاق منه ما يكفيها.

2 – أمّا إذا لم يكن له مال ظاهر، وكان قادرًا على الإنفاق، وأصرّ على عدم الإنفاق عليها أمره بالطلاق، فإن أبى وطلبت الزوجة ذلك، طلّقها هو بنفسه.

3 – أمّا إذا كان الزوج معسرًا، وصرّح بذلك، وطلبت الزوجة التفريق، فإن لم يكن لها مال، ولم تجد من يوفّره لها فرّق بينهما بعد منحه مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، أمّا إذا كانت موسرة فعليها بالإنفاق عليها وعلى زوجها حتّى يساره.

ولا تطلّق الزوجة إذا كان الإعسار بسبب خارج عن إرادة الزوج، أو علمت بعسره قبل الزواج ورضيت بذلك.

والطلاق بالإعسار يقع رجعيًا ويصحّ له مراجعتها ما دامت بالعدّة إذا أيسر وأثبت قدرته واستعداده على الإنفاق عليها.

## المبحث الثاني

## التطليق لغياب الزوج في الشريعة والقانون

لقد توّج ا سبحانه وتعالى عقد الزواج بأسمى معاني الرحمة والسكينة والمودّة، إذ جاء في قوله تبارك وتعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ (1). فلذا يجب أن يسود الحياة الزوجية اللطف والمعاملة الحسنة والرحمة، فعلى كلّ من الزوجين الوقوف إلى جانب شريكه لمؤانسته ومقاسمته أعباء الحياة اليومية، فعلى الزوج إذن تحمّل مسؤولياته تجاه الزوجة والأولاد، ومراعاتهم من الناحيتين النفسية والمادية، فإذا ما غاب عنهم وترك زوجته دون أنيس في وحدتها ولا حماية ولا من يرعى شؤونها، وكان غيابه هذا لمدّة طويلة. فإذا لم تستطع تحمّل طول غيابه هذا، لما يسبّبه لها من آلام نفسية وبدنية، وخاصّة في حالة عدم أخذ رأيها في هذا الغياب، وجهلها حتّى المكان المتوجّه إليه، فهل يكون لها حقّ طلب التفريق من زوجها هذا؟

والغياب المقصود هنا لا يخلو من إحدى الصورتين: إمّا أن يكون غيبة غير منقطعة، بحيث تُسمع أخباره، ويُعرف مكان وجوده... الخ، أو غيبة تنقطع معها أخباره تمامًا ولا تصل منه أيّ خطابات، وهذا ما يُعرف بالمفقود عند فقهاء الشريعة الإسلاميّة.

لذا نتناول هذا المبحث في مطلبين: المطلب الأوّل: التطليق للغياب والفقدان في الشريعة، والمطلب الثاني: التطليق للغياب والفقدان في القانون.

---

1 - سورة الروم، الآية: 21.

## المطلب الأوّل

## التطليق للغياب والفقدان في الشريعـة

اختلف الفقه من حيث موقفه من كلّ من الغائب والمفقود، إذ انقسموا إلى فريقين: أحدهما يعترف للزوجة بالحقّ في التطليق، والثاني يرفض هذه الفكرة تمامًا، إذ لا يرى للزوجة أيّ حقّ في طلب الانفصال عن زوجها إلى أن يثبت موته، وقد جاء كلّ فريق بأدلّة تثبت موقفه، فلذا سنتعرّض إلى حالة التطليق للغياب في الفرع الأوّل، والتطليق للفقدان في الفرع الثاني.

### الفرع الأوّل

### موقف الفقه من التطليق للغياب

يحدث أن يتغيّب الزوج عن زوجته لمدّة طويلة، وقد يكون ذلك بعذر، مثل حالة الهجرة لغرض الدراسة أو العمل أو أداء خدمة وطنيّة، أو بغير عذر، وحتّى بدون مشاورة الزوجة ورضاها في أغلب الأحيان قصد الإضرار والتنكيل بها، وأحيانًا تهربًا من مسؤولياته تجاه الزوجة والأولاد، فنتيجة لما يلحقها من ضرر من جرّاء ذلك، بغضّ النظر عمّا إذا كان قد ترك لها مالاً تنفق منه أم لا، فهل يحقّ لها رفع أمرها للقاضي ليرفع عنها هذا الضرر، وذلك بتطليقها منه؛ فلذا نتعرّض للمواقف المختلفة التي قيلت في هذا الموضوع والأدلّة التي استندوا إليها.

**أولا - الآراء الفقهية في التفريق للغياب:**

تضاربت الآراء الفقهية، من حيث إجازة التفريق للضرر لتغيّب الزوج، فمنهم من أجاز ذلك، ومنهم من لم يُجز، سواء كانت الغيبة بعذر أو بدون عذر، وطالت أم قصرت.

**1 – عدم إجازة التفريق للغياب:** يرى الحنفية والشافعية والظاهرية[1] أنّه ليس للزوجة الحقّ في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، وإن طالت غيبته، وذلك لعدم

---

1 - الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 1374 هـ، الموافق لـ 1955 م، ج 3، ص 442. انظر أيضًا: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلّى، ج 10، دار الجيل، بيروت، د.ت.ن، ص 142.

قيام الدليل الشرعي على الحقّ في التفريق، ولأنّ سبب التفريق لم يتحقّق، فإن كان مكانه معلومًا بعث الحاكم لحاكم بلدته ويلزمه بدفع النفقة. فهم يرون أنّه إذا كانت الغيبة لعذر كالهجرة من أجل الدراسة أو العمل فمهما طالت لا يجوز التفريق ما دامت نفقة الزوجة حاضرة.

وقال ابن حزم: « ***لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبته ولا إيجاب عدّة ممّن لا تصح موته ولا أن يطلق أحد عن غيره*** ».

قال ابن قدامة في المغني: « ***إذا غاب الزوج عن الزوجة لا يخلو من حالتين: إحداهما أن تكون غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوّج في قول أهل العلم*** »[1].

والدليل الذي جاء به أصحاب هذا الرأي أنّ الزوج إذا دخل بزوجته ووطئها ولو مرّة واحدة فقط فقد أعطاها حقّها في المباشرة، لأنّ الزواج يثبت للمرأة الحقّ في الوطء مرّة، والخيار في فسخ الزواج إنّما ثبت لتفويت الحقّ المستحقّ للمرأة، ولم يوجد هذا التفويت لحقّها، ومن ثمّ إذا أصبح الزوج عنينًا أو اعترض بعد إصابته للمرأة فلا يفرّق بينهما، فكذلك لا يفرّق بغيبة لأنّه يقوم بواجبه بالإنفاق عليها ولم يفوّت عليها إلا المباشرة، وهي ليست حقًا لها قضاءً، وإن كانت تجب ديانة، لأنّه مأمور بحسن العشرة، ومن الجماع إن كان قادرًا عليه.

ونوقش هذا الاستدلال بالقول بأنّه إنّما قيل: لا يجوز التفريق للعنّة إذا أصابها لأنّ ذلك مصيبة نزلت بالزوج، وابتليت بها المرأة، فواجبها أن تصبر، وأيضًا إنّما سقط حقّ المباشرة عن العنين لأنّه لا يقدر عليه، ولا دخل له فيه، وليس ذلك بالنسبة لمن تغيّب عن زوجته. كذلك فإنّه يجب على الزوج إعفاف زوجته لأنّه ما لم يتم الواجب إلا به فهو واجب[2].

---

1 - ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 31.

2 - الصنعاني، سبل السلام، ج 3، ص 1162.

**2 – إجازة التفريق للغياب:**

يرى الحنابلة والمالكية أنّه يجوز للمرأة طلب التطليق بسبب غياب زوجها عنها إذا تضرّرت من ترك الوطء، وخشيت على نفسها الزنا، ومقتضى ذلك أنّ ترك الوطء وإن كان بعذر وتضرّرت منه المرأة يخول لها حقّ طلب التفريق، ولو ترك لها مالاً تنفقه على نفسها، إلا أنّ القاضي لا يوقع الطلاق مباشرة إلا بعد أن يكتب إليه، وذلك إذا كان له مكان معلوم، فيطلب منه الحضور لزوجته، أو يلحقها به، أو يطلّق إن لم يكن له بها شأن، فإذا لم يستجب قام القاضي وطلّقها عليه.

ولكن بالرغم من اتفاق المالكية والحنابلة حول هذا المبدأ، وهو حقّ الزوجة في طلب التطليق لرفع الضرر الناجم عن غياب زوجها، إلا أنّنا نجدهم اختلفوا في نقاط عديدة مثل نوع الغيبة ومدّتها، وفي نوع الفرقة.

**أ – في رأي المالكية:** لا فرق بين نوع الغيبة، بين أن تكون بعذر كطلب العلم، أو عامل بالسفارة، أو للتجارة، أو للعمل، أو بدون عذر.

كما جعلوا مدّة الغيبة الطويلة سنة على الراجح، وقيل ثلاث سنين فما فوق. قال الدردير: « ***لكن الغائب لا بدّ من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بدّ من الكتابة إليه، إمّا أن يحضر، أو ترحّل امرأته إليه إن علم محله وأمكن، ولا بدّ من خوفها على نفسها، ويعلم ذلك من جهتها، ولا يكفي مجرّد شهوتها للجماع*** »[1].

**ب – أمّا المذهب الحنبلي:** فيرى أنّه يشترط في الغياب الموجب للتفريق أن يكون لغير عذر، أمّا الغياب الذي يكون لعذر فإنّه لا يُستجاب لها ولو تضرّرت.

وحدّ الغيبة عند أحمد ستّة أشهر فأكثر، فهي حسب رأيهم المدّة التي يمكن فيها للزوجة أن تصبر على زوجها الغائب، وذلك من المأثور أخذًا بعمل عمر رضي الله عنه [2].

---

1 - الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، ص 430 - 431.

2 - بينما عمر يجول خلال المدينة سمع امرأة في بيتها تقول:

تطاول هذا الليل واسودّ جانبه      وطال علي أن لا خليل ألاعبه

ووالله لولا خشـية الله وحده      لحرّك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها فعلم أنّ زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها، ثمّ دخل على ابنته حفصة فقال: يا بنيّة كم تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت خمسة، ستّة أشهر فوقّت للناس في مغازيهم ستّة أشهر. ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 31.

واستدلّوا بقول الرسول ﷺ « ***لا ضرر ولا ضرار*** »[1].

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنّ غياب الزوج عن زوجته مع عدم عودته إليها، ولا هو أخذها إليه يعتبر إضرارًا بها، والضرر يجب أن يُزال قدر الإمكان، وطريق إزالته في مثل هذه الحالة أن يقوم القاضي بتطليقها منه.

وقالوا غيابه عن زوجته قد يدفعها إلى ارتكاب الفواحش التي حرّمها ا ، فلهذا يتعيّن تسريحها لتتزوّج غيره.

وإذا كانت الغيبة بعيدة فرّق القاضي بينهما من غير إعذار، ولا إمهال، أمّا إذا كانت قريبة فلا يصحّ التفريق عندها إلا بعد الإعذار إليه بأن يقدم، أو ينقل امرأته إليه، أو يطلّق، فإن فعل، وإلا فرّق القاضي بينهما بعد أن يتريّث مدّة يقدّرها، رجاء عودته وإبقائه على الزوجة ما أمكن.

**ثانيًا - مناقشة آراء الفقهاء:**

بعدما رأينا كلاً من الرأيين المختلفين في إجازة وعدم إجازة التطليق بسبب غياب الزوج، واستدلّ كلّ فريق بأدلّة معيّنة، نجد أنّ أصحاب الرأي الأوّل لم تكن أدلّته مقنعة، ولا متطابقة مع الواقع، ولا تخدم مبادئ الشريعة الإسلاميّة الداعية إلى أنّه « ***لا ضرر ولا ضرار*** ».

وأنا أرجّح الرأي القائل بجواز التفريق بسبب الغياب، لرفع الضرر الواقع على الزوجة الغائب عنها زوجها ولمدّة طويلة (أكثر من سنة)، وانقطعت عنها أخباره بدون أيّ عذر شرعي، وذلك للأسباب الآتية:

أ – لأنّ الزوج المتغيّب بدون عذر، ولم يعلم زوجته بغيابه هذا يكون متعنتًا وقاصدًا الإضرار بها، فما دام الضرر واقعًا، فمن غير المعقول إمساك الزوجة بدون معروف، أي انتظار هذا الزوج الذي لا تعرف حتّى مكانه، فلهذا يجب تسريحها عساها تجد المودّة والرحمة عند غيره[2].

---

1 - سبق تخريجه.

2 - محمد عبد الستار الجبالي، مرجع سابق، ص 200.

ب – وكذلك بتحديد أقلّ مدّة للغيبة بسنة أو أكثر، لأنّها أقصى مدّة يبدأ ينفذ فيها الصبر عند أغلب النساء، فهي المدّة التي تبدأ فيها الزوجة تتضرّر وتتألّم وتنحطّ معنوياتها حتّى ولو ترك لها ما تنفقه، فالمعيار هو الضرر المعنوي، وليس المادّي، فهنا الشخص الوحيد الذي يتأذى بهذا الضرر هو الزوجة نفسها.

جـ - وأؤيّد كذلك موقفهم بالنسبة للتريث مع الزوج الغائب المعلوم المكان، لأنّ إعذاره من طرف القاضي لمدّة معقولة يحدّدها هو ممكن يرجع إلى زوجته، وهذا ما يُنقص من حالات التطليق.

**ثالثًا - نوع الفرقة التي تقع بسبب غياب الزوج:**

لقد تضاربت الآراء الفقهية فيما يخصّ تحديد نوع الفرقة التي تحصل بسبب غيبة الزوج، والسبب الرئيسي في ذلك هو في تحقّق الضرر اللاحق بالزوجة لمجرّد غياب زوجها عنها، ولمدّة معيّنة، فلذا ذهب البعض إلى وصفها بالفسخ، والبعض الآخر اعتبرها طلقة بائنة والآخر رجعية.

**الرأي الأوّل:** يرى المالكية أنّه يقع بتطليق القاضي هنا طلاق بائن، إذ يعتبرون كلّ فرقة يوقعها القاضي غير التطليق للإيلاء والإعسار بالنفقة تكون طلاقًا بائنًا عندهم، باعتبار أنّ الغرض منها هو رفع الضرر عن المرأة، وهو لا يرتفع إلا بالبائن، وهذا قول الإمام مالك[1]، وهناك من يرى أنّه رجعي استنباطًا من ذكر هذه الفرقة في باب الإيلاء، وقول بعض المالكية هناك: إنّ الزوج بغيبته المدّة الطويلة يعدّ موليًا، وبالتالي تطبّق عليه أحكام الإيلاء، والطلاق في الإيلاء رجعي عندهم.

**الرأي الثاني:** أمّا الحنابلة فيعتبرون الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الغياب الذي تضرّرت منه الزوجة فسخًا لا ينقص من عدد الطلقات الثلاث التي للزوج، وذلك لأنّها لم تصدر بلفظ الطلاق، ولا بنيّته، وهذا ما قال به الإمام أحمد[2]. وفي هذا الصدد

---

1 - ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 1، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1409 هـ، الموافق لـ 1989م، ص 60.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 31.

يرى الأستاذ علي حسب الله مؤيدًا الرأي الأخير أنّه يكون للزوج حقّ المعارضة في الحكم بالفسخ إذا حضر وعارض وفصل القاضي في معارضته قبل انتهاء العدّة، وإلا لم يكن له أن يستردّها إلا بعقد ومهر جديدين[1].

الفرع الثاني

موقف الفقه من التطليق للفقدان

يعتبر المفقود غائبًا إلا أنه يختلف عنه في أنه بالنسبة للغائب يكون في غالب الأحيان ولو في مكان غير محدد بالضبط ولكن أغلب الظنّ أنّه حي يُرزق، أما المفقود فيغلب عليه الهلاك والموت إذ نجد أنه غالبًا ما يكون سبب فقدانه ظروفًا يغلب فيها الموت مثل: الاختفاء المفاجئ أو في الحرب أو في الصحراء القاحلة أو في البحر. إذ عرفه الفقهاء « ***هو غائب لم يُدرَ موضعه وحياته وموته وأهله في طلبه يجدّون، وقد انقطع عنهم وخفت عنهم آثاره، فبالجد قد يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد*** »[2].

لقد اتخذ فقهاء الشريعة الموقف نفسه من إجازة وعدم إجازة التطليق في حال الفقدان، واختلفوا فيه مثلما رأينا بالنسبة لموقفهم من الغياب، فالرأي المؤيد يمثله المالكية والحنابلة، أمّا الرأي المخالف فيمثله الحنفية والشافعية والظاهرية مع عمل كلّ فريق على إثبات رأيه بأدلة من الكتاب السنة والأثر، فلهذا يجدر بنا التعرض إلى كل الرأي وأدلة التي استدلوا بها.

**1 – عدم إجازة التفريق للفقدان:**

يرى أصحاب هذا الرأي، وهم الحنفية والشافعية والظاهرية، أنه لا يحق التفريق بين المفقود وزوجته حتى يعلن موته أو لا يبقى أحد من أقرانه على قيد الحياة.

**بالنسبة للحنفية:** يرى الكاساني: أنّ حال المفقود في عبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنّه حيّ في حق نفسه ميت في حق غيره، معنا هذه العبارة أنه تجري عليه

1 - علي حسب الله، مرجع سابق، ص 145.

2 - د. محمد عبد الستار الجبالي، مرجع سابق، ص 204.

أحكام الأحياء فيما كان له, فلا يورث ماله ولا تبين امرأته، كأنه ميت حقيقة, وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له, فلا يرث أحدًا كأنه ميت حقيقة [1].

إلا أنّ هناك من فقهاء الحنفية من قال بالتفريق بين المفقود وزوجته إذا مضى على فقده "أربع سنين" لتحقّق الضرر.

**أمّا الظاهرية:** فيرى ابن الحزم « ***أنه من فقد فعرف أين موضعه أم لم يعرف في حرب أو في غير حرب وله زوجة لم ينفسخ بذلك نكاحه امرأته أبدًا وهي امرأته حتى يصحّ موته أو تموت هي*** »[2].

وسبب الخلاف بين الفقهاء كما قال ابن الرشد هو معارضة استصحاب الحال للقياس، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحلّ عصمته إلا بموت أو طلاق, حتى يدل الدليل على غير ذلك، وأما القياس فهو تشبه الضرر اللاحق من غيبته بالإيلاء والعّنة، فتكون لها الخيرة كما يكون في هذين[3].

**أدلتهم التي استدلوا بها:**

- استدلوا بقوله ﷺ: « ***امرأة المفقود هي امرأته حتى يأتيها البيان*** ». فالحديث يدل صراحة أن امرأة المفقود باقية على زوجيتها حتى يأتيها البيان بموته أو بطلاقه.

استدلوا كذلك بما روي عن الإمام علي رضي ا عنه أنه قال في امرأة المفقود أنها لا تتزوج.

**2 – إجازة التطليق للفقدان:** يرى أصحاب هذا الرأي، وهم المالكية والشافعية والحنابلة، أنه يجوز التفريق بين الزوجين لفقدان الزوج.

إذ يقول الدردير:« ***وازوجة المفقود ببلد الإسلام الرفع للقاضي أو الوالي أي حاكم السياسة ووالي الماء وهو ساعي أي جابي الزكاة إن وجد واحد منهم, وإن لم***

---

1 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، ج 6، بيروت، دار الكتاب العربي، 1982، ص 196.

2 - ابن حزم، المحلّى، ج 10، ص 133 – 134.

3 - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 84.

***يوجد فلجماعة المسلمين, ولها أن لا ترفع وترضى بالمقام معه في عصمته حتى يتضح أمره أو تموت فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها من ماله وإلا طلقت عليه لعدم النفقة»***[1].

**قال ابن قدامة (في القسم الثاني):** أن تكون في غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يُفقد بين أهله ليلا أو نهارًا, أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ولا يظهر له خبر, أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفاقه.

أمّا مذهب أحمد، فالظاهر عنه أن زوجة المفقود تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربع أشهر وعشرًا وتحلّ للأزواج[2].

**الأدلة التي جاؤوا بها:**

1 **– من الكتاب:** بقوله تعالى: ﴿ ... **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[3].
وجه الاستدلال أنه لا يتحقق الإمساك بمعروف مع ترك المرأة معلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة بانتظارها وفاة الزوج, إذ بتعذّر الإمساك بمعروف تعيّن التفريق بإحسان.

2 **- من السنة:** استدلوا بقوله ﷺ: « ***لا ضرر ولا ضرار*** »، ولا شك أنّ الحكم على الزوجة بالانتظار مدى الحياة فيه إضرار بها، يستدعي إزالته ولا يتحقق ذلك طبعًا إلا بالتفريق.

**3 – من الأثر**: استدلوا بما رُوي عن عبيد ابن عمير قال: فُقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت له ذلك, فقال « ***انطلقي فتربصي أربع سنين*** »، ففعلت. ثم قال: « انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشرًا. ففعلت ثم أتته, فقال: « ***أين وليّ هذا الرجل؟ فقال طلقها*** »، ففعل. فقال لها عمر: « ***انطلقي فتزوجي من شئت*** ». فتزوجت ثم

---

1 - الإمام سيدي أحمد الدردير على مختصره المسمّى الشرح الصغير أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج 2، مؤسّسة المنشورات الإسلاميّة، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1413 هـ، الموافق لـ 1992 م، ص 200.
2 - ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج 7، مرجع سابق، ص 489.
3 - سورة البقرة، الآية: 229.

جاء زوجها الأول، فقال عمر: « ***أين كنت؟*** »، قال: « ***يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين، فوالله ما أدري. في أرض قوم كنت عند قوم يستعبدونني حتّى اغتزاهم منهم قوم مسلمون، فكنت فيما غنموه، فقالوا لي أنت رجل من الإنس، وهؤلاء من الجنّ فما لك وما لهم؟ فأخبرتهم خبري فقالوا بأيّ أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت مدينة هي أرضي، فخيّره عمر: إن شاء امرأته وإن شاء الصداق. فاختار الصداق، وقال: قد حبلت، لا حاجة لي فيها*** »[1].

ففي هذا الأثر دليل على أن عمر قد جعل امرأة المفقود تبين من زوجها بعد مضي أربع سنين من يوم الرفع إلى الحاكم، وكفى بعمر قدوة. وقال أحمد يروى عن عمر من ثلاثة أوجه. ولم يعرف له مخالف في الصحابة، لقوله ﷺ: « ***عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي*** ».

وقد صحّ عن عمر وعثمان وعبد الله ابن عمر وعبد الله ابن عباس رضي الله عنهم جميعًا أنّ امرأة المفقود تتربص أربع سنين ولا مخالف لهم إلا رواية عن علي ابن أبي طالب أنّها لا تتزوج حتى يعلم موته أو يأتي عليه من زمان ما لا يجيء إلى مثله، أصحّ عن مثلها روي عن عمر.

4 – **بالقياس:** حيث أجاز أصحاب هذا الرأي التطليق للضرر لفقدان الزوج قياسًا على الضرر اللاحق بها من الإيلاء والعنّة.

فمن خلال هذه الأدلّة التي جاء بها كلّ فريق نلاحظ أنّه رغم اتفاقهم حول المبدأ، وهو التفريق، إلا أنّهم اختلفوا في تصنيف المفقود والمدّة التي يجب أن تنتظرها الزوجة، والتي تختلف بدورها من حالة لأخرى، فنجد المالكية قد صنّفوا المفقود، إلا أنّنا نكتفي بذكر هذه الأصناف دون التطرّق للأحكام الخاصّة بكلّ صنف، والتي هي كالآتي[2]:

1 – المفقود في بلاد الإسلام.

---

1 - ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 491.

2 - ارجع إلى: ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، مرجع سابق، ص 84. أيضًا: الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ص 200.

2 – المفقود في أرض الشرك والأسير.

3 – المفقود في المعترك بين المسلمين.

4 – المفقود بين الصفين.

5 – المفقود في القتال مع الكفّار.

6 – المفقود في الطاعون وفي زمن المجاعة أو الوباء.

7 – المفقود المشكوك في مكانه.

8 – المفقود في البحر.

**3 - الرأي المرجّح:**

ما دام أنّ قول الإمام علي رضي الله عنه في امرأة المفقود أنّها لا تتزوّج، إذ رُوي في المغني لابن قدامة عن عليّ في امرأة المفقود أنّها تعتدّ بأربع سنين، ثمّ يطلّقها وليّ الزوج، وتعتدّ بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا[1]. وما دام هناك اختلاف بين الروايتين فإنّه يؤخذ بالرأي الثاني الذي وافقه فيه عمر، وكثير من الصحابة.

وإذا ما أخذنا بالرأي الثاني نجد أنّه لا يتحقّق فيه الإمساك بالمعروف، حيث أنّه إذا أرغمنا الزوجة على الانتظار مدّة التعمير فهذا فيه إجحاف كبير بحقّها، وبالتالي لا يتحقّق فيه الإمساك بالمعروف الذي أوصى به الله سبحانه وتعالى الأزواج، فلذا يستوجب التسريح بالإحسان، حيث لا ضرر لا ضرار، كما يقول ابن قدامة: « ***إنّ هذه قضايا انتشرت في الصحابة، فلم تنكر، فكانت إجماعًا*** »[2].

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من التطليق للغياب

أجاز المشرّع الجزائري للزوجة التي تغيّب عنها زوجها لمدّة أكثر من سنة طلب التطليق، وعلى المحكمة أن تحكم لها بذلك إذا ما توفّرت شروط معيّنة تضمّنتها المادّة 53 في فقرتها الخامسة، التي كان نصّها كالتالي: « ***الغيبة بعد مضيّ سنة بدون عذر ولا***

1 - ابن قدامة، ج 8، ص 97.

2 - المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

***نفقة*** »[1]. والمادّة 109: « المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقودًا إلا بحكم ». والمادّة 112: « ***لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءً على الفقرة الخامسة من المادّة 53 من هذا القانون*** »[2].

فلهذا سنتناول في الفرع الأوّل الشروط والأحكام الخاصّة بالتفريق للغياب، وفي الفرع الثاني مقارنة النصّ الجزائري مع بعض القوانين الأخرى، مع الإدلاء ببعض الاقتراحات.

الفرع الأوّل

شروط التطليق للغياب وأحكامه

**أولا – الشروط:**

من خلال استقرائنا للفقرة الخامسة نجد أنّ المشرّع قد اشترط ثلاثة شروط لمنح الزوجة المتغيّب عنها زوجها حقّ التطليق، وهي:

1 – أن تكون مدّة الغيبة تجاوزت السنة.

2 – أن تكون الغيبة بدون عذر.

3 – أن لا يترك لها نفقة.

وسنتعرّض إلى كلّ شرط من هذه الشروط بنوع من التفصيل:

---

1 - أمر رقم 84-11، مرجع سابق.

2 - المرجع نفسه.

**الشرط الأوّل - أن تدوم الغيبة أكثر من سنة:**

من خلال هذا الشرط نجد أنّ المشرّع قد حذا حذو المذهب المالكي الذي جعل مدّة الغيبة بين سنة وثلاث سنوات، (كما رأينا في الجزء الأوّل). ونعني بمدّة سنة أن تكون هذه الغيبة مستمرّة طول هذه المدّة دون انقطاع، فإن كانت مثلاً تنقطع في كلّ ثلاثة أو أربعة أشهر فإنّ شرط المدّة (سنة) لا يكون متوفّرًا. فحتّى يُحكم للزوجة المتضرّرة من الغياب بالتطليق يجب أن يكون غيابه هذا ثابتًا، أي مضت سنة كاملة من يوم غيابه إلى يوم رفع أمرها للقاضي، فبذلك يُعتبر الضرر ثابتًا، ويستوجب التفريق معه من طرف الحاكم طبعًا، مع توافر كلّ الشروط المتطلّبة قانونًا.

بالنسبة لطريقة احتساب السنة عند فقهاء الشريعة فالسنة القمرية هي المعمول بها، أمّا الآن فكما جرت العادة تحتسب بالسنة الميلادية التي عادة أيّامها 365 يومًا، ويستوي في ذلك أن تكون الغيبة قريبة أو بعيدة، ويمكن وصول الرسائل إليه، أو لا يمكن، كما في حالة المفقود، إذ أعطاه المشرّع نفس حكم الغائب المعلوم المكان، حيث لزوجة المفقود حقّ طلب التطليق على أساس الفقرة الخامسة من المادّة نفسها [1].

**الشرط الثاني - أن تكون الغيبة بدون عذر:** فأخذًا بالمذهب الحنفي أضاف المشرّع إلى الشرط الأوّل شرط أن تكون الغيبة بدون عذر، فجعل غياب الزوج لمدّة سنة كاملة لا يكفي لمنح الزوجة الحقّ في التفريق من زوجها المتغيّب إلا إذا كان بدون عذر مقبول، كأن يتغيّب تهرّبًا من المسؤولية، أو لغرض الابتعاد والإضرار بالزوجة. أمّا إذا كان غيابه مثلاً من أجل الدراسة أو التربّص لأجل الترقية في العمل أو التجارة، ففي مثل هذه الحالات لا يتصوّر تضرّر المرأة من غيابه هذا إلى درجة أنّها تطلب على أساسه التطليق، إذ في مثل هذه الحالات غالبًا ما يكون غيابه برضاها وطيبة خاطرها ما دام في مصلحة كلّ العائلة.

فإذا ما حدث ورفعت الزوجة دعوى التطليق لتضرّرها من غياب الزوج، فعلى القاضي مراعاة والتثبّت من توافر هذا الشرط، فإذا لم يتحقّق منه واستطاع وليّ الزوج

1 - تنصّ المادّة 112 من قانون الأسرة الجزائري: « ***لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادّة 53 من هذا القانون*** ».

أو وكيله أن يثبت أنّ غيابه كان لعذر، وقدّموا أدلّة تثبت أقوالهم فعلى القاضي رفض دعواها[1].

**الشرط الثالث – ألا يترك لها نفقة:** إضافة إلى الشرطين المذكورين أضاف المشرّع شرطًا ثالثًا، وهو ألا يكون الزوج قد ترك لها مالاً تنفق منه خلال غيابه. فالمشرّع هنا لم يكتفِ بالغيبة الطويلة لأكثر من سنة، وكونها من دون عذر لمنح الزوجة حقّ رفع أمرها للقاضي، بل اشترط إضافة إلى ذلك عدم النفقة، فهنا على القاضي أولاً التأكّد من توافر الشرطين الأولين، وشرط عدم وجود مال تنفق منه. فالأمر هنا يختلف من حالة لأخرى، فإذا لم تكن له أموال ظاهرة، ولم يبعث لها مالاً تنفقه عليها وعلى أولادها يجب التأكّد من أنّه لم يكن سبب عدم وصول الأموال إليها هو الخطأ في العنوان مثلاً أو في الحساب البريدي الجاري، فإذا تمّ التأكّد من ذلك لا يحقّ تطليقها منه ما دام لم يكن متعمّدًا في الإضرار بها وتركها دون نفقة.

أمّا إذا وجد القاضي أنّ هذا الزوج يملك أموالاً ظاهرة وفي الداخل والزوجة لا تستطيع أن تأخذ منها ما تستحقّه (سواء كانت عقارات أو منقولات أو أموال)، بحيث هي موجودة عند أشخاص معيّنين كشركائه مثلاً، فإذا ما قامت الزوجة وطلبت التطليق حكم لها القاضي بأخذ ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود في البنك مثلاً، أو في حيازة شخص آخر (كالشريك). وتكون الأحكام في مثل هذه الحالة مشمولة بالنفاذ المعجّل.

ويقع عبء إثبات ذلك على الزوجة وبكلّ الوسائل، مثلما رأينا في الفقرة الأولى الخاصّة بالتطليق لعدم الإنفاق. فلو غاب عنها زوجها لمدّة أكثر من سنة، وبدون عذر شرعي، وكان قد ترك لها مالاً تنفق منه سقط حقّها في طلب التفريق للغياب (*).

---

1 - وهذا الشرط يختلف عن التطليق للضرر المتمثّل في الهجر، أي ترك زوجته وإقامته في مسكن آخر في نفس البلد، إذ في هذه الحالة الأخيرة لا يشترط في التطليق أن يكون الهجر بلا عذر، لأنّ الضرر يتحقّق بمجرّد الهجر.
وتقدير العذر أمر متروك لقاضي الموضوع، طعن مصري رقم 34 لسنة 1952 أحوال شخصية، جلسـة 1984/04/17، عمر عيسى الفقي، الطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني لموسوعات القانون، 1998، ص 171.

* - المقصود بالغيبة هنا حسب المادة 53 هي غيبة بإقامة الزوج في بلد آخر غير الذي تعيش فيه الزوجة، أمّا الغيبة عن بيت الزوجية فقط، وفي نفس البلد فهي من الأمور التي نصّت عليها الفقرة السادسة. طعن رقم 34 لسنة 1952، ق أحوال، جلسة 1984/04/17، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأوّل، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1986، ص 295.

**ثانيًا – أحكام التطليق للغياب:**

**1 – صاحب الحقّ في رفع هذه الدعوى:**

إنّ رفع دعوى طلب التطليق يجب أن ترفعها الزوجة، فهي بمثابة الطرف المتضرّر من غياب الزوج لمدّة طويلة، وقد توقّف عنها مصدر الإنفاق عليها، وعدم وجود مال تصرف منه عليها وعلى أولادها، فنجد المشرّع أعطى هذا الحقّ للزوجة نتيجة تضرّرها في حقّ لها وهو وقوف زوجها إلى جنبها يؤانسها وينفق عليها، فهي الوحيدة الأدرى بذلك.

**2 – الضرر الذي على أساسه منحت الزوجة هذا الحقّ:**

إنّ الضرر الذي منحت من أجله الزوجة حقّ رفع أمرها إلى القاضي، هو ضرر واقع ولا يكفي أن يكون متوقعًا، ولكن هل أسّس المشرع هذا الحقّ على الضرر المادي البحت، وهو عدم الإنفاق؟ أم على أساس الضرر المعنوي الذي يلحقها من طول الغياب، وعدم قدرتها على الصبر على الوطء" وهذا الأمر يختلف من امرأة لأخرى، والمرأة هي الأدرى بنفسها.

ولكن إذا دقّقنا في المادّة 5/53 نجده يغلّب الجانب المادّي، وهو عدم الإنفاق، لأنّ المشرع الجزائري جعل الشرط الأساسي لقيام حقّ الزوجة لطلب التفريق للغياب هو شرط عدم ترك مالًا لها تنفقه، لأنّه في آخر الفقرة ذكر عبارة "... ولا نفقة"، فمعنى هذا أنّه حتّى ولو كان الغياب لمدّة طويلة وبدون عذر، ولكن إذا ترك لها ما تنفقه عليها وعلى الأولاد يسقط حقّها في طلب التطليق، وهذا عكس ما رأيناه في رأي المذهب المالكي الذي يرى أنّه إذا مضت سنة فلها أن تطلب التطليق للضرر من الغياب، ولو ترك لها مالاً تنفق منه، وهذا ما أخذ به القانون المغربي في المادّة 1/57 والقانون المصري م. 12، القانون السوري م. 1/109...الخ، وذلك لأنّ المذهب المالكي سبق أن أسّس حقّ المرأة هذا على الضرر المعنوي، وهو تضرّر الزوجة من ترك الوطء لمدّة أكثر من سنة، مراعيًا في ذلك شعور المرأة، ولكن لا يمكن للقاضي أن يفرّق بينهما من تلقاء نفسه حتّى ولو تحقّق هذا الضرر، بل يجب أن تطلبه هي بنفسها إذا رأت أنّها

لا تستطيع الصبر لمدّة أكبر، وخاصّة إذا خافت على نفسها من الزنا، فالأمر متروك لها لأنّها هي الأدرى بنفسها، مثلما قال الأستاذ علي حسب ا « ***لأنّ إقامتها من غير زوج مدّة طويلة مع محافظتها على العفّة والشرف، ممّا يتعذّر على الطبيعة البشرية احتماله*** »[1]. ويقبل قولها بيمينها لأنّها تدّعي أمرًا لا يُعرف إلا من جهتها. وهذا الضرر يختلف إن كان الغياب بعذر أو بغير عذر، إذ تختلف كلّ حالة عن الأخرى.

**أ – حالة غياب الزوج بعذر:**

أي إذا كان السبب الدافع لابتعاده عن زوجته أو عائلته أمرًا حتميًا مثل الدراسة، أو العمل لكسب العيش، أو للتدريس، فمعنى هذا أنّه لا يتحقّق الضرر هنا لأنّ الغياب لغرض نبيل، وهو مصلحة كلّ العائلة، فلا بدّ على العائلة، وبالتالي على الزوجة أن تتحمّل هذا الغياب، وخاصّة إذا كان ذلك برضاها، ولكن في حالة ما إذا كان ذلك بدون رضاها، فهنا حتّى ولو كان غيابه بعذر ومدّة طويلة (أي تجاوز السنة)، فهنا يحقّ للزوجة أن ترفع أمرها للقضاء لفكّ هذه الرابطة التي تضرّرت فيها من غياب زوجها عنها، فهنا - كما يقول المالكية - الضرر تحقّق بمجرّد غيابه عنها، فلا يهمّ إذا كان بعذر أو بدون عذر، فهذا الأمر شخصي ودرجة التحمّل تختلف من امرأة لأخرى، فحسب المشرّع الجزائري إذا وجد عذر لغيابه سقط حقّها في طلب التفريق.

**ب – حالة غياب الزوج بدون عذر:**

فغياب الزوج عن زوجته بدون عذر شرعي، ونيّة الإضرار بها مؤكّدة، هنا بمجرّد الابتعاد عنها، أي تغيير البلد دون إعلامها يتحقّق الضرر، فمعنى ذلك أنّ الضرر المعنوي متوفّر هنا، وهو تضرّرها وتألمها من هذا الغياب، فإذا رفعت دعوى طلب التطليق، عليها أن تثبت ذلك باليمين[2]. والقاضي طبعًا هو الذي يراعي مدى توافر شروط م. 5/53، ولكن حسب هذه المادّة فالمشرّع لم يكتفِ بذلك، بل اشترط شرطًا آخر وهو عدم ترك مال تنفق منه على نفسها، وعليها إثبات عدم الإنفاق وذلك بكلّ الوسائل.

1 - علي حسب ا ، مرجع سابق، ص 144.

2 - هذا ما أخذ به المالكية والحنابلة بأنّه يحقّ لها طلب التطليق بسبب غياب الزوج حتّى ولو ترك لها نفقة.

### 3 – هل يحكم بالتطليق بمجرّد توافر شروط المادّة 5/53؟

إذا طلبت الزوجة التطليق لضرر الغياب، فإن كان زوجها غير معلوم المكان، أو كان لا تصل إليه الرسائل، قام القاضي بالتفريق بينهما في الحال بلا إعذاره، أو ضرب أجل له بعد التأكّد من توافر كلّ الشروط القانونية، أمّا إذا كان في مكان معلوم ويمكن الاتصال به، أو وصول الرسائل إليه، فعلى المحكمة بعد أن تكون قد اكتملت أمامها أدلّة الإثبات، وبقرار تصدره أن تؤجّل نظر الدعوى لأجل محدّد، وتطلب منه بأن يحضر لزوجته أو يأخذها إليه، وتضرب له أجلاً معيّنًا، فإذا مضى الأجل المحدّد، ولم يستجب، ولم يبيّن عذرًا مقبولاً فرّق القاضي بينهما لرفع الضرر عن الزوجة[1]، وكجزاء لتعنّته.

بهذا نجد أنّ القضاء عمل بما جاء به بعض الفقهاء كما رأينا سابقًا، وهذا الاتجاه يحقّق المصلحة أكثر، والمحافظة على الحياة الزوجية، فلذا لا يحكم بالتطليق مباشرة بمجرّد تحقّق الشروط المنصوص عليها، بل لا بدّ من إنذاره وتخويفه لعلّه يهتدي إلى السبيل السويّ.

### 4 - نوع الفرقة التي تقع بسبب الغياب:

لم ينصّ المشرّع الجزائري كما رأينا على نوع الفرقة التي تقع بسبب غياب الزوج، ولكن ما دام المشرع يأخذ بالمذهب المالكي في أغلب موادّه، فلهذا يعتبر الطلاق في هذه الحالة طلاقًا بائنًا على غرار ما أخذ به المشرّع المصري، وتعتدّ المرأة عدّة الوفاة من تاريخ الحكم.

فلو تزوّجت المطلّقة بعد انقضاء عدّتها، ثمّ ظهر زوجها الأوّل لا يفسخ هذا الزواج الثاني، لأنّ الزواج الأوّل انتهى بالطلاق الذي أوقعه القاضي [2]، والزواج الثاني قد تأكّد بدخوله بها، هذا بالنسبة للمالكية، أمّا الحنابلة فيرون أنّه إذا عاد هذا الزوج قبل الدخول بها فهي امرأته، أمّا بعد الدّخول فله الخيار بين امرأته والصداق.

---

1 - محكمة تلمسان 18 ديسمبر 1970، حيث ضرب القاضي للزوج الهارب من البيت أجلاً بأربعة أشهر للعودة إلى مسكنه، وهذا ما نصّ عليه صراحة القانون المغربي في الفصل 57 من الباب الثاني. طعن رقم 78 لسنة 1953 قانون الأحوال الشخصية، جلسة 1986/11/25، قضاء مصري (للمستشار عمر عيسى الفقي، رئيس محكمة)، مرجع سابق، ص 59، 60، 182

2 - د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 300.

## الفرع الثاني

## مقارنة القانون الجزائري مع بعض التشريعات الأخرى

إنّ أغلب التشريعات العربية سمحت للزوجة المتغيّب عنها زوجها أن تطلب التطليق إذا لم تستطع تحمّل ذلك، وكانت أغلبها قد حدّدت مدّة الغياب بأكثر من سنة، إلا أنّ البعض منها جعل لها هذا الحقّ حتّى ولو ترك لها مالاً تنفقه، فلذا سنتعرّض إلى هذه النصوص بنوع من التحليل، مع إجراء مقارنة بينها وبين النصّ الجزائري.

**أولا – نصوص قانونية:**

**1 - في القانون المصري:**

تنصّ المادّة 12 من قانون 1929 « ***إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضرّرت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه*** ».

المادّة 13: « ***إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنّه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرًا مقبولا فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها عليه القاضي بلا عذر ولا ضرب أجل*** »[1].

**2 – في القانون المغربي:**

الفصل السابع والخمسون من الباب الثاني:

1 - « إذا غاب الزوج في مكان معروف مدّة تزيد على سنة بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنًا إذا تضرّرت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه »[2].

2 – إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنّه يطلّقها عليه إن لم يحظر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلّقها.

1 - المرسوم بقانون 25 لسنة 1929، المعدّل بقانون 100 لسنة 1985.

2 - القانون المغربي، مرجع سابق.

فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، ولم يبد عذرًا مقبولاً تأكّد القاضي من استمرارها على طلب الفراق، ثمّ قضى بينهما بتطليقة بائنة.

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب عيّن القاضي عنه وكيلاً وتلوّم له باجتهاده، فإن حضر، وإلا طلّقها القاضي بلا إعذار وضرب أجل.

**3 – في القانون السوري:**

المادّة 1/109: « ***إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه*** ».

2 – « ***هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدّة حقّ له مراجعتها*** »[1].

**ثانيًا – إجراء مقارنة بين النصّ الجزائري ونصوص التشريعات الأخرى:**

أ - إنّ الملاحظة الأولى التي يمكن ذكرها هي أنّ أغلب التشريعات جعلت مدة الغياب التي يحقّ معها للزوجة طلب التطليق لتضررها من الغياب هي سنة أو أكثر، وذلك عملاً برأي المالكية.

ب – إنّ المشرّع الجزائري اختلف عن التشريعات الأخرى في أنّه أضاف شرطًا ثالثًا وهو عدم ترك مال للزوجة تنفق منه « ولا نفقة ». م. 5/53 ق.أ.ج.

جـ - كما تميّز المشرّع الجزائري عن باقي التشريعات في أنّه لم يوضح حالة الغائب المعلوم مكانه والمجهول المكان، والإجراءات التي تتخذ ضدّهما قبل أن يحكم القاضي للزوجة المتضرّرة بالتطليق.

د – لم يبيّن المشرّع الجزائري نوع الفرقة التي تقع بسبب غياب الزوج، أهي طلاق بائن أم رجعي، وهذا بخلاف القوانين الأخرى، فرأينا أنّ القانون المصري نصّ صراحة في المادّة 13 أنّها طلقة بائنة، والحكم نفسه في الفصل السابع والخمسين من القانون المغربي فقرة أولى، أمّا السوري فاعتبرها طلقة رجعية.

1 - القانون السوري، مرجع سابق.

**ثالثًا - ملاحظات حول موقف القانون الجزائري:**

1 - نجد المشرع الجزائري قد وافق المالكية والحنابلة في أحقّية المرأة في طلب التطليق من زوجها الغائب لأكثر من سنة بدون عذر إذا لم يترك لها مالاً تنفقه على نفسها وعلى أولادها إذا كان لها أولاد معه.

فالمشرع هنا قد مزج بين موقف المذهبين، ففي جزء منه أخذ بالمذهب المالكي، وفي الجزء الآخر بالحنبلي، حيث جمع بين شروط المذهبين في نصّ واحد، فأخذ بالمذهب الحنبلي فيما يخصّ شرط « أن تكون غيبته بلا عذر »، وبالمذهب المالكي فيما يخصّ تحديد المدّة « بأكثر من سنة »، إلا أنّه أضاف شرطًا ثالثًا، وهو عدم وجود مال تنفق منه الزوجة على نفسها.

2 – إنّ تحديد مدّة الغيبة بسنة، أخذًا بالمذهب المالكي هو أقرب للمصلحة، وللحرص على إبقاء الحياة الزوجية.

3 – لم يكن موقفه واضحًا في حالة ما إذا توافرت هذه الشروط الثلاثة المذكورة في المادّة، وقامت الزوجة برفع أمرها للقاضي طالبة التطليق هل يُحكم لها بالتطليق مباشرة أم يجب إعذار الزوج وإنذاره وتخويفه بتطليقها منه عسى أن يرجع إلى رشده، خاصّة إذا كان له مقرّ معلوم، ويمكن الاتصال به.

**رابعًا – بعض الاقتراحات:**

أ - كان من غير المستساغ إضافة شرط عدم ترك نفقة في المادّة المذكورة، لأنّ وجود هذه العبارة جعل موقف المشرّع غير واضح من هذه المسألة، فإذا مُنحت المرأة المتغيّب عنها زوجها لأكثر من سنة حقّ التطليق، هل يكفي أن يكون غاب عنها لمدّة أكثر من سنة بدون عذر أم يُراعى مدى توفّر النفقة. فحسب هذا النصّ، حتّى لو كان غيابه بدون عذر، ولكن ترك لها مالاً تنفقه سقط حقّها في طلب التفريق، فكأنّ المشرّع هنا يرى أنّ الزوجة لا تتضرّر إلا من جانب حاجتها المادّية فقط، وهو الإنفاق، وتجاهل الجانب النفسي، وهو الأهمّ والمتمثّل في تضرّرها وتألّمها لمجرّد تحقّق غياب زوجها عنها، حتّى ولو كان قد ترك لها أموالاً طائلة، وهذا ما أكّد عليه المالكّية الذين

يرون أنّه لمجرّد غياب الزوج عن زوجته لمدّة سنة كاملة، لها أن تطلب التطليق للضرر من الغياب، ولو ترك لها مالاً تنفق منه[1]، وهذا ما أخذت به أغلب التشريعات العربية. فإذًا كان من الأجدر عدم إضافة هذه الفقرة الأخيرة، لأنّها تعتبر تكرارًا للفقرة الأولى من نفس المادّة (الخاصّة بالتطليق لعدم الإنفاق).

ب – كان عليه النصّ صراحة أنّه إذا كان للزوج مكان معلوم ينذره القاضي ويحدّد له مدّة معقولة، إمّا أن يأخذ زوجته إليه أو يطلّقها، فإذا لم يفعل طلّق عليه مباشرة. أمّا إذا كان مجهول المكان طلّق عليه مباشرة بمجرّد ثبوت تضرّر زوجته من غيابه لغرض رفع الضرر عنها.

جـ - كان عليه تحديد نوع الفرقة: هل هي طلاق بائن أو رجعي، لأنّه يختلف حكم كلّ نوع عن الآخر.

د – إنّ النصّ الجزائري قد خلط بين مفهوم الغائب والمفقود، إذ أعطاهما نفس الحكم، فالمفقود كما رأينا يغلب عليه الهلاك، فلذا يعتبر في حكم الميت إذا ما مضت عليه أربع سنوات ولم يظهر.

- إلا أنّنا نجده في المادّة 110 من نفس القانون « ***اعتبر الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محلّ إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدّة سنة وتسبّب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود*** ».

فمن غير المتصوّر الحكم على شخص بالموت وهو حيّ، وتقسّم أمواله وتورّث، فكان من الأجدر منح الزوجة حقّ طلب التطليق إذا ما تسبّب غيابه هذا في تضرّرها بترك الوطء، وخشيت على نفسها الزنا، وذلك على أساس الفقرة الخامسة من المادّة 53، فمن الأحسن إلغاء هذه المادّة تمامًا.

---

1 - الأستاذ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعّمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 2000، ص157.

- المستشار عمر عيسى الفقي، مرجع سابق، ص 172. طعن مصري رقم 97 لسنة 1954، قانون أحوال شخصية، جلسة 1988/01/26.

- من نصّ المادّة 111: « ***لزوجة المفقود أن تطلب الطلاق بناءً على الفقرة الخامسة من المادّة 53 التي تنصّ على الغيبة بعد مضيّ سنة بلا عذر ولا نفقة*** ». معنى ذلك أنّه يحقّ لزوجة المفقود بعد مضيّ سنة طلب التفريق إذا لم يترك لها نفقة.

- وهو في المادّة 113 ينصّ على أنّه « ***يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضيّ أربع سنوات بعد التحرّي، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوّض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات*** ».

فالمشرع قد وافق فقهاء الشريعة الإسلامية بإعطائه لزوجة المفقود بعد مضي المدة الحق في أن تعتد وتتزوج وذلك نظرا لطبيعة المرأة التي هب في حاجة إلى نكاح، ولرفع الضرر عنها لطول مدة الغياب.

فلذا نقترح على المشرع إجراء تعديل في هذه الفقرة بحيث تكون صياغتها كالتّالي: « للزّوجة حق طلب التطليق:

- إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر وتضررت بترك الوطء وخشيت على نفسها الزنا ولو ترك لها مالا تنفقه.

- إذا كان للغائب مكان معلوم أرسل إليه القاضي ليضرب له أجلا وأعذر إليه بأنه إما يحضر أو ينقلها إليه أو يطلقها وإلا طلقها هو عليه، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما

- وإن لم يكن له مكان معلوم طلقها القاضي بلا إعذار ولا ضرب أجل.

- إذا حضر الغائب بعد الحكم بالتّطليق فهي امرأته ما لم تتزوج، فإن تزوجت فهي امرأته قبل أن يدخل بها الثاني، أما إذا دخل بها فهي له وما للغائب إلا أن يعود على الثاني بالصداق إذا كان زواج الثاني صحيحًا، وإن كان فاسدا فزواجها قبل انتهاء العدة (أربع أشهر وعشر بعد أربع سنين) وهي امرأة الأول ولو ولدت أولادًا مع الثاني والفرقة هنا تكون طلاقا بائنا ».

## المبحث الثالث

## التطليق لكلّ ضرر معتبر شرعًا

لمّا كان الإسلام قد جعل القوامة للرجل على المرأة، بما تخوّله له من الحقّ في استخدامها بما هو في صالح الأسرة، واستقامة الأمور الزوجية، فقد نهى الأزواج عن

التعسّف والجور في معاملة الزوجات. فما دامت الزوجة تقوم بواجباتها كما يتطلّبها الشرع، ولم تكن ناشزًا، فلا حقّ للزوج الإساءة في معاملتها، أو إيذائها بما يجرح شعورها وكرامتها عن طريق السبّ أو الشتم، أو اتهامها بأشياء مخالفة للآداب والأخلاق، أو إيذائها بدنيًا بالضرب المبرح، أو الإنقاص من حقوقها كحقّها في النفقة أو المعاملة الحسنة، أو إرغامها على القيام بما حرّمه الله سبحانه وتعالى. وحتّى وإن خرجت عن طاعته فله حقّ تأديبها مراعاة للوسائل التي نصّ عليها الشرع بإحكام، إذ جاء في قوله تعالى: ﴿ **وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ** ﴾ [1]. ولكن الضرب المقصود هنا هو الضرب غير المبرح، والذي يجب أن يكون في حدود ما يصلح حال الزوجة، ويتلاءم مع طبيعتها، فإذا ما حدث وأن تجاوز الزوج حدود الولاية في تأديبها، أو إلحاق أيّ نوع من الأضرار المذكورة، فهل يحقّ للزوجة رفع أمرها للقاضي لجعل حدّ لعدوانه، وكفّه عن ظلمه المستمرّ الذي جعل من هذه الحياة الزوجية مجرّد هيكل خال من معاني المودّة والرحمة، والمخالف تمامًا لقول الله تعالى: ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ [2]. والإجابة على هذا السؤال تستوجب منا التعرّض لموقف كلّ من فقهاء الشريعة والقانون من ذلك. وهذا ما سنتناوله في المطلبين الآتيين.

1 - سورة النساء، الآية: 34.

2 - سورة البقرة، الآية: 229.

## المطلب الأوّل
## التطليق للضرر عند فقهاء الشريعة

اختلف جمهور الفقهاء مع المذهب المالكي فيما يخصّ جواز التطليق للضرر والشقاق المستمرّ بين الزوجين، حيث نجد أنّ كلاً من المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي في أحد أقواله والظاهرية والشيعة الإمامية، لم يجز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب الضرر الذي ألحقه بها، أمّا المذهب المالكي فيرى أنّه من حقّ الزوجة أن تطلب التطليق من القاضي إذا ما لحقها أيّ نوع من أنواع الأضرار، فلذا يتعيّن علينا عرض أفكار كلّ فريق، والأدلّة التي استدلّوا بها، في الفرع الأوّل، والأحكام في الفرع الثاني. إذ كان السبب الرئيسي في اختلاف مواقفهم هو تفسيرهم للآية والمراد بـ"بعث الحكمين" وصحّة بعض الآثار عن فقهاء الصحابة[1].

### الفرع الأوّل
### الآراء الفقهية والأدلّة التي استندوا إليها

إنّ أساس اختلاف موقف الفقهاء بين مؤيّد للتفريق بسبب الضرر ومعارض لها هو تفسيرهم للآية الكريمة ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً** ﴾ [2]، والمراد ببعث الحكمية، فمنهم من يرى أنّ لهما أن يجمعا أو يفرّقا بين الزوجين القائم بينهما النزاع، وهم المالكية وأحمد في أحد أقواله وبعض الشافعيّة. وهناك من يرى أن لهما حقّ الجمع والإصلاح فقط دون التفريق لأنّهما ليسا بوكيلين، وهم الحنفيّة وبعض الشافعيّة والشيعة الإمامية، فلذا نتعرّض إلى كلّ من الرأيين والأدلّة التي جاء بها.

**1 – عدم إجازة التفريق للضرر:**

---

1 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 601. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 7، دار الفكر، الجزائر، 1413 هـ، الموافق لـ 1992م، ص 527. علي حسب ا ، مرجع سابق، ص 150، محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 363.

2 - سورة النساء، الآية: 35.

**الحنفية:** يرون أنّه ليس للمرأة حقّ طلب التطليق للضرر، وإذا ما حدث ورفعت أمرها للقاضي، فإنّه لا يحكم لها بالتطليق، بل لها فقط طلب نهي الزوج عن تصرّفاته، وتعزيره، فعلى القاضي أن ينهي الزوج ويأمره بحسن المعاشرة، فإن لم يمتنع عن أفعاله تلك عزّره بما يراه رادعًا له، حتّى يمسكها بالمعروف.

**الشافعيّة:** يرون أنّه لا يجب تعزير الزوج لأوّل مرّة لأنّ الحياة الزوجية لا تخلو من مثل هذه الخلافات، وبالتالي إذا عملنا على تعزيره، فذلك سيورّث وحشة بينهما، لذا يجب أن يقتصر أولاً على النهي، لعلّ الحال يلتئم بينهما، فإن عاد، استعمل القاضي معه الطرق التي تمنعه من التعدّي عليها مرّة أخرى، وذلك بتعزيره وإسكانه بجانب الثقة. ويرون أنّ سوء الحالة بين الزوجين لا يخلو من أن يكون إمّا نتيجة نشوز المرأة، أو إساءة الرجل، أو الزوجين معًا.

فإن كان راجعًا إلى نشوز الزوجة فللرجل ولاية التأديب، وإن كان راجعًا إلى إساءته هو وإيذائه لها بالضرب المبرح دون أيّ مبرّر، رفعت أمرها للقاضي، فإن ثبت له ذلك نهاه، فإن عاد إليه وطلبت المرأة تعزيره عزّره بما يليق به[1].

أمّا إذا كان سوء الحالة راجعًا إلى الزوجين معًا فعلى القاضي التعرف على حالهما، فإن تبيّن له أنّ أحدهما ظالمًا منعه ولو بتعزير يليق به، فإن اشتدّ النزاع بينهما بعث إليهما حكمين ليصلحا الشقاق بينهما، واستدلّوا بالآية الكريمة ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً** ﴾[2]. ورأيهم في تفسير هذه الآية أنّها قصرت عمل الحكمين على محاولة الإصلاح بين الزوجين، ولم تجعل لهما حقّ التفريق، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده، إلا إذا وكّلهما بذلك، حيث لا كتاب ولا سنّة ولا أثر يدلّ على ثبوت هذا الحقّ لغيره.

**الشيعة الإماميّة:** يرون أنّه إذا اشتكت المرأة نشوز زوجها وضربه إيّاها ضربًا مبرحًا ولو بحقّ، وثبت ذلك بالبيّنة تعزّر، وإذا وقع الشقاق بين الزوجين، واشتدّ

---

1 - الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 260.

2 - سورة النساء، الآية: 35.

الخصام، رفع الأمر إلى الحاكم، فله أن يعيّن رجلين عدلين ويجعلهما حكمين، والأولى أن يكون أحدهما من أهله والآخر من أهلها ليسمعا شكواهما ويسعيا في إصلاح ذات بينهما، فإن لم يتيسّر لهما الإصلاح فليس لهما التفريق بينهما بالخلع إلا أن يكونا وكيلين من قبل الزوجين لذلك. وأمّا الطلاق فيشترط فيه التوكيل من الزوج خاصّة[1].

**2 - إجازة التفريق للضرر:**

يرى المالكية[2] والشافعية في قول آخر، وأحمد في رواية أخرى أنّ للزوجة حقّ طلب التطليق للضرر، وذلك منعًا للنزاع المستمرّ وعدم إرغامها على العيش في جحيم يؤدّي في أغلب الأحيان إلى نتائج وخيمة، سواء على الجانب السيكولوجي، أو الجسمي لها، وذلك عملاً بما نهانا عنه الرسول ﷺ: « ***لا ضرر ولا ضرار*** ». ويرى أصحاب هذا الرأي أنّه إذا حصل اعتداء الزوج على زوجته، سواء بالضرب أو الإكراه على فعل ما حرّم ا ، أو هجرها، أو الاعتداء عليها بالكلام كالسبّ والشتم، سواء هي المقصودة أو والداها بكلام قبيح أو أيّ ضرر يمكن أن يمسّ شعورها، حتّى لو كان عن طريق الصدّ عليها وقطع الكلام معها ثبت لها الحقّ في رفع أمرها للقاضي لتطلب تأديبه وزجره ليكفّ عن ظلمه هذا. فللقاضي أن يتخذ معه نفس السبل التي تتخذ مع الزوجة الناشزة، فهو يعظه، وإن لم يجد ذلك أمرها بهجره، فإن لم يتّعظ قام بضربه.

هذا إذا ما اختارت الزوجة البقاء معه، أمّا إذا اختارت التطليق، وثبت للقاضي ذلك قام بتطليقها منه. أمّا إذا لم تستطع الزوجة إثبات الضرر، وعادت وكرّرت شكواها مرّات متعدّدة، وكان كلّ منهما يدّعي الضرر، وعجزا عن إثباته كان على القاضي في هاتين الحالتين تعيين حكم من أهله وحكمًا من أهلها، فيكون عليهما بذل كلّ ما في وسعهما للإصلاح بينهما، وذلك للحفاظ قدر الإمكان على الكيان الأسري. فإن لم يوجد أحد من أهلهما يصلح لهذه المهمّة عيّن القاضي أجنبيًا ويفضل أن يكون من الجيران.

---

1 - بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، د.ط، مؤسّسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د.ت.ن، ص 445.

2 - الدردير، الشرح الصغير، ج 3، مرجع سابق، ص 312. حاشية الدسوقي على شرح الدردير، ج 3، مرجع سابق، ص 307.

وهذا الفريق لا يرى في الآية الكريمة ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً** ﴾[1] ما يمنع الزوجة من طلب التطليق، بل من يمعن النظر فيها يجدها جعلت لهما (الحكمين) الحقّ في التفريق بين الزوجين، لأنّ الله سبحانه وتعالى سمّاهما "حكمين". وجعل حقّ بعثهما لغير الزوجين فليسا مجرّد وكيلين[2]، إذ لو أراد ذلك لقال: "فابعثوا وكيلاً عنه ووكيلاً عنها"، ولمّا قصرهما على أهله وأهلها، لأنّ الموكّل له أن يوكّل عنه من يشاء، وإن كانا حكمين فهما بمعنى الحاكم، فيثبت لهما حقّ الحكم ولا حكم هنا إلا بالتفريق إذا تعذّر الإصلاح. وقال الإمام مالك: « ***وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أنّ الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع*** »[3].

واشترطوا أن يكون الحكمان رجلين، أي من الذكور، راشدين، وعادلين، وعالمين بأحكام الشرع، أي لهم كفاءة وخبرة في الميدان، أي المهنة التي اختيرا من أجلها، وأن يكون أحدهما من أهل الزوج، والثاني من أهل الزوجة إذا أمكن ذلك، فإن لم يكن من أهلهما من يصلح بعث أجنبيين ممّن لهم صلة بهما، ولا يبعث أجنبيًا مع واحد من أهل أحدهما.

---

1 - سورة النساء، الآية: 35.

2 - علي حسب الله، مرجع سابق، ص 152.

3 - الإمام مالك، كتاب الموطّأ، برواية يحيى بن يحيى بن كثير الليثي الأندلسي القرطبي، كتاب الطلاق، ط 3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1422 هـ - 2002م، ص 357.

## الفرع الثاني
## الأحكام الخاصّة بالتطليق للضرر

### 1 – معيار الضرر وطرق إثباته:

الضرر هو ما لا يجوز شرعًا من أعمال مادية أو أقوال، مثل الضرب المبرح الذي يحدث آثارًا وجروحًا على جسم الزوجة، والمعنوية، مثل السبّ والشتم والإهانة بألفاظ منحطّة تخدش كرامة الزوجة وتجرح شعورها، أي كلّ سلوك مخالف للشرع الناهي عن الإضرار بالآخرين، عملاً بقوله تعالى: ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ [1]. حتّى ولو قامت الزوجة المتضرّرة من جرّاء سلوكات زوجها أو نشوزه برفع أمرها للقاضي ليزيل عنها هذا الضرر، فإنّ دعواها لا تقبل إلا إذا تمكّنت من إثبات ما تدّعيه من ضرر، ويكون ذلك عن طريقين: بالإقرار أو البيّنة.

### أ – البيّنة:

يرى المالكية أن ثبوت الضرر يكون بالبيّنة، ويكفي فيها مجرّد السماع الشائع بين الرجال والنساء في أنّ الزوج يضارّ زوجته، ولا يشترطون أن تكون البيّنة على علم تام بالضرر الذي حدث بين الزوجين، إذ يكفي أن يُقال: سمعنا سماعًا مستفيضًا على ألسنة النساء والخدم والجيران [2].

### ب – الإقرار:

صرّح المالكية أنّه على الزوجة إذا ادّعت أنّ زوجها يضربها ويشتمها أو يعاملها معاملة لا تليق بمثيلتها وطلبت من القاضي تطليقها واستطاعت إثبات الضرر ولو مرّة واحدة طلّقها طلقة بائنة [3].

وهناك من المالكية من يرى أنّه يثبت الضرر بالشهادة المعتادة، ويقبل في ذلك شهادة رجل واحد مع يمينها، أو إقرار الزوج أو السماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران[4].

---

1 - سورة البقرة، الآية: 229.
2 - الدردير، الشرح الصغير، ج 3، مرجع سابق، ص 112.
3 - د. رمضان الشرنباصي، مرجع سابق، ص 201.
4 - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 142.

**2 – تكرار الضرر كشرط للتطليق:**

اختلف علماء المالكية في هذا الشأن، إذ يرى بعضهم أنّ ثبوت الضرر، ولو للمرّة الأولى كافٍ لإعطاء المرأة حقّ الخيار بالطلاق. أمّا الفريق الثاني، فقد اشترط تكرار الضرر للمطالبة بحقّ التطليق. أمّا الثالث فقد اتخذ موقفًا وسطًا، إذ يرى أنّه يتعيّن التفريق بين الضرر الفاحش والضرر الخفيف، حيث إنّه في النوع الأول يقوم حقّ الخيار للزوجة، ولو من غير تكرار، أمّا في النوع الثاني، فإنّه لا يجب الخيار للمرّة الأولى، بل يتعيّن وجوب التكرار، وذلك محاولة دائمًا للحفاظ على الكيان الأسري وجعل التوازن بين المصالح، أي بين مصلحة الزوجة المتضرّرة ومصلحة الأولاد، فما دام الضرر خفيفًا أو حصل لمرّة واحدة، ولم يكن بصفة مستمرّة، فإنّه لا يمكن الحكم لها بالتفريق بمجرّد نشوب مثل هذه الخلافات الزوجية التي لا يخلو منها أيّ بيت زوجي. فبهذا لا يمكن أن يُقبل طلب الزوجة بالتفريق في مثل هذه الحالات إلا إذا تكرّر الضرر وتكاثر، وطبعًا بعد محاولة إزالته بالطرق المذكورة سابقًا، أي الزجر والتهديد والضرب، وهذا الرأي يؤيّده كذلك الأستاذ عبد المؤمن بلباقي[1]. أمّا إذا لم تتمكّن الزوجة من إثبات الضرر، وأكثرت الشكاوى تعيّن على القاضي تعيين حكمين: حكم من أهلها وحكم من أهله.

**3 – سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين والحكم للزوجة بالتعويض:**

إذا تعذّر على الحكمين الإصلاح، وثبت لهما أنّ الإساءة واقعة من الزوج طلّقا عليه بدون مال يأخذه منها لظلمه، أمّا إذا ثبتت الإساءة منها هي كان للحكم أحد الأمرين:

أ – أن يأتمنا الزوج عليها ويأمراه بالصبر وحسن المعاشرة إذا رأيا في ذلك إصلاحًا.

ب – أن يخلعاها منه نظير عوض يأخذانه من الزوجة، ويجوز أن يكون العوض أقلّ من المهر الذي أخذته، كما يجوز أن يكون مساويًا له، أو أكثر منه.

جـ - وإن وجد كلاهما قد شارك الآخر في الإساءة إلى صاحبه، وعجز عن التوفيق بينهما يكون للحكمين أن يطلّقا الزوجة منه بغير عوض على أحد القولين، أمّا القول الثاني، أن يطلّق الزوجة نظير مال تدفعه إلى الزوج، وهذا ما يأخذ به أكثر فقهاء المالكية.

1 - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 144.

وبعد انتهاء الحكمين من مهمّتهما يرفعان تقريرًا إلى القاضي بما اتفقا عليه، وعلى القاضي أن ينفّذ بإقراره، ولا يجوز له معارضته ونقضه ولو كان حكمهما مخالفًا لمذهبه.

**4 – نوع الفرقة الواقعة بسبب الضرر:**

يرى المالكية أن الطلاق الذي يوقعه القاضي للضرر الذي أثبتته الزوجة، أو بناء على تقرير الحكمين، هو طلاق بائن، (سواء كان بعوض أو بغير عوض)، لأنّ الضرر لا يزول إلا به، ولأنّه إذا كان الطلاق رجعيًا تمكّن الزوج من مراجعتها في العدّة، أي العودة إلى الضرر، وفي هذا الصدد نجد أنّ الأستاذ علي حسب ا قد أعطى رأيًا يوفّق بين الرأيين، إذ يرى « ***أنّ الحكمين بعد فشلهما في الإصلاح، واتفاقهما على التفريق بلا عوض، عليهما أن يطلبا من الزوج أن يطلق، وإنّ رأيا الفرقة بعوض يحكمان بالخلع بالعوض الذي يحدّدانه أو يتفق عليه الزوجان، وإلا رفعا الأمر إلى القاضي برأيهما مع التسبيب، وليس لهما التفريق، وتسميتهما حكمين لا تعني ثبوت حق التفريق، بل هما حكمان بتقرير أيّ الزوجين المسيء، وبما ينبغي أن يرفع به النزاع من فرقة بعوض أو بغير عوض . وعلى القاضي أن يعمل برأيهما، على أن يكون تفريقه فسخًا لا طلاقًا، سواء كان بعوض، أو بغير عوض*** »[1].

المطلب الثاني

التطليق للضرر في القانون

من خلال اطلاعنا على نصّ الفقرة السادسة من المادّة 53 نجدها تعطي للزوجة حقّ طلب التطليق على أساس الضرر، وذلك بعبارة « ***لكلّ ضرر معتبر شرعًا*** »[2]، أي لها الحقّ أن ترفع أمرها للقاضي ليرفع عنها أيّ نوع من أنواع الضرر، مخالفًا لأحكام الشرع، وبالتالي لها حقّ في طلب التطليق بسبب أيّ سلوك أو فعل يصدر من الزوج، فيه خروج عمّا أوصاه به الشرع من معاملة حسنة ومودّة ورحمة، والذي يمكن

---

1 - علي حسب ا ، مرجع سابق، ص 153.

2 - أمر رقم 84 – 11، مرجع سابق.

أن يسبّب لها ضررًا، سواء ماديًا كالضرب المبرح، أو معنويًا كالكلام الجارح، وهذا عملاً بالمذهب المالكي.

فمن حق الزّوجة طلب التّطليق، إذا ما لحقها أي نوع من الضّرر من طرف الزّوج سواء كان بالفعل كالضّرب المبرح ولو كان لتأديبها، أو بالقول كالسّب، أو الشّتم بالكلام الجارح لكبريائها وشعورها، أو أي سلوك آخر يلحق بها ضررا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. ولكنّ بالرّغم من أن المشرع قد سمح للزّوجة بطلب التّطليق لكلّ ضرر يمكن أن يمس حقًا من حقوقها الثّابتة لها في الشّرع الإسلامي، والذي بإمكانه أن يحدث لها ضررًا، نجده قد أضاف عبارة لاسيما إذا نجم عن مخالفة م 8 و37 المذكورة أعلاه. فحالات الضّرر، لم تُذكر على سبيل الحصر، بل تُفهـم من عبـارة "لا سيما التّفضيل".

إلا أنه في الحقيقة تمثل هذه الفقرة كلّ أنواع الضّرر التي تلحق بالزّوجة، والتي تكون مخالفة للشّرع بنحو يمكن أن تجعلها غير راغبة في الاستمرار في العيش معه، فلذا يجدر بنا التعرض أولاً إلى الضّرر النّاتج عن مخالفة أحكام المادتين 8 و 37، وحالات الضرر الأخرى التي يحق معها للزّوجة طلب التّطليق، في الفرع الأوّل، والأحكام الخاصّة بالتفريق في الفرع الثاني، مع إجراء مقارنة النصّ الجزائري ببعض النصوص القانونية الأخرى، وذلك في الفرع الثالث.

## الفرع الأول

### التّطليق للضرر الناتج عن مخالفة أحكام المادتين **8** و **37**

كما ذكرنا سابقا أنه من عبارة لكلّ ضرر معتبر شرعا، نفهم أن المشرع لم يحدد هذا الضّرر، بل أخذ بالمعيار الموضوعي، وهو كلّ عمل مخالف للشّرع والذي من شأنه أن يلحق ضرر بالزّوجة ومهما كان نوعه ماديا أو معنويا، ويستثنى من ذلك طبعا الخلافات العادية، والتي لا تخلو منها أي عائلة، بل يشمل ذلك كلّ سلوك نهى الشّرع عنه سواء كان بالضّرب الذّي يخرج عما هو مسموح به شرعا (والمقصود به هو التّأديب أي الضّرب غير المبرح) أو عن طريق أخذ أموالها بدون علمها أو عدم التّكلم

معها إلا بكلام فيه أذى[1]. وهو ما قد يوصلها لدرجة أنها تفضل الفراق، فلها الحق في أن ترفع الأمر للقاضي ليدفع عنها ذلك الضّرر، وما دام المشرع قد خص الحالتين المخالفة لأحكام م8 و 37، فإنّنا سنتعرض إلى أحكام المادتين لنظهر أين يكمن الضّرر الذّي منح على أساسه الحق في التّطليق.

تنص المادة 8 أسرة على أنّه « ***يسمح الزّواج بأكثر من واحدة في حدود الشّريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشّرعي وتوافرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كلّ من الزّوجة السّابقة واللاحقة ولكلّ واحدة حق في رفع دعوى قضائية ضد الزّوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرّضا*** »[2].

كما تنص م 37 على... « ***يجب على الزّوج نحو زوجته...***

***1 – النفقة الشّرعية حسب وسعه إلا إذا أثبت نشوزها.***

***2 – العدل في حالة الزّواج بأكثر من واحدة*** ».

**أولا – الضّرر الناتج عن مخالفة أحكام المادّة 8 (التعدّد):**

من خلال تحليلنا للمادة 8 نجد أنّ تقنين الأسرة يعترف صراحة بحق الزّوج في التّعدد على أن يكون ذلك في حدود الشّريعة الإسلامية، وذلك تطبيقا لحكم الشّرع، بحيث إن اللّه سبحانه وتعالى قد منح الأزواج هذا الحق دون الزّوجات وذلك لحكمة لا يعلمها إلا هو (عزّ وجلّ) فنجد أن الآيات القرآنية جاءت صريحة في هذا الشّأن وذلك في قوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلا تَعُولُوا** ﴾[3]. وقوله كذلك: ﴿ **وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً** ﴾[4].

إلا أنّ المشرع الجزائري برغم حذوه حذو الشّريعة الإسلامية في إعطاء هذه الرّخصة أو الحق للأزواج، إلا أنه قد خالف الشّريعة من حيث الشّروط التي قيدوا بها

1 - علي حسب اللّه، مرجع سابق، ص 152.
2 - تقنين الأسرة.
3 - سورة النّساء: 3.
4 - سورة النّساء: 129.

هذا الحق، إذ استحدث شروطا أخرى لم تكن معروفة لدى فقهاء الشّريعة الإسلامية، وذلك عملا منه على الحد من حرية الزّوج في استعمال هذا الحق (وهو التّعدد) من جهة، ومن جهة أخرى حماية للمرأة، إلا أنه ودون مبالاة وجد نفسه قد خرج عن حكم الشّرع، مما أدى إلى الوقوع في الخلط بين المفاهيم، وهو ما استتبع المشاكل الوخيمة التي نتجت من حيث التّطبيق.

فمن نص هذه المادة يجوز للزّوجة طلب التّطليق في الحالات الآتية:

1 – انعدام المبرر الشّرعي للتّعدد.

2 – عدم توافر شرط العدل.

3 – عدم توافر نية العدل.

4 – عدم علم كلّ من الزّوجة السّابقة واللاحقة بالتّعدد.

5 – في حالة الغ ş .

6 – في حالة عدم الرّضا.

فمعنى ذلك أنه إذا ما حصل وقام الزّوج بمخالفة أي شرط من الشّروط التي سبق ذكرها في المادة 8، جاز للزّوجة المتضررة رفع أمرها للقاضي لطلب التّطليق. فلذا نتناول هذه الشروط لنوضّ0 مدى اعتبار مخالفتها أساسًا لطلب التطليق.

**1 – شرط العدل:** إنّ هذا الشّرط قد ورد صريحا في القرآن الكريم، إذ يعتبر من الشّروط الأساسية التي حرص عليها اللّه سبحانه وتعالى مقابل منّ0 الأزواج هذه الرّخصة (أي التّعدد) بحيث يقول جلّ من قائل: ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** ﴾[1]. فخشية من اللّه سبحانه وتعالى على عبادة من الوقوع في المظالم والمعاصي عاد بعد أن أجاز الزّواج بمثنى وثلاث ورباع، وحذر من لا تتوافر لديه المقدرة على العدل، أن يكتفي بواحدة.

ولكنّ المشرع نجده استعمل في المادّة 8 عبارة نية العدل...þ ويجب التّذكير أن العدل المطلوب ليس العدل المطلق فإنّه من المستحيلات، بحيث يتطلب منه فقط الحرص على العدل

1 - سورة النّساء: 3.

في الأمور المادية من مبيت ونفقة وغذاء وكسوة... الخ، أما الميل العاطفي فهو من الأمور التي لا يمكنه التّحكم فيها دائما، وهذا ما اعترف به سيد الخلق سيدنا محمد ﷺ بقوله: « ***اللهم هذا قسمي فيما أملك. فلا تلمني فيما تملك ولا أملك*** »[1].

وهو أيضا ما أقرّه سبحانه وتعالى بقوله: ﴿ **وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ** ﴾[2]. والمقصود من هذه الآية العدل المادي، (وهو ما أكده المشرع أيضا في الفقرة الثّانية من م 37 تقنين أسرة)[3].

**2 – شرط القدرة على الإنفاق:** وهذا الشّرط كذلك مستمد من أحكام الشّريعة الإسلامية، وعليه فعلى الزّوج الرّاغب في الزّواج بثانية أو ثالثة أو رابعة، أن تكون متوافرة لديه الإمكانيات المادية التي تسهل عليه تنفيذ ما أمره به الشّرع ألا وهو العدل بين هاته الزّوجات التي تحت عصمته، بحيث يمكن له الإنفاق عليهن، والقيام بواجباته الزّوجية على أكمل وجه، وألا يميل كلّ الميل إلى الزّوجة الجديدة وأولادها، ويهمل تماما الزّوجة السّابقة والأولاد، وذلك لكي لا يقع في العقاب الذّي حذر منه ا ، إذ يأتي يوم القيامة وشقه الأيمن مائل [4]...

وهذا هو المقصود من عبارة تحقق شروط العدل م 8 تقنين الأسرة المذكورة سابقا.

**3 - شرط المبرر الشّرعي:**

إنّ هذا الشّرط مستحدث من طرف المشرع الجزائري، وعلى خلاف التّشريعات الوضعية الأخرى، إذ نجده من الشّروط التي أثارت مشاكل كثيرة من حيث التّطبيق، وذلك نظرا لغموض هذه العبارة، إذ لم يحدد النّص بدقة الحالات التي تعتبر بمثابة مبرر شرعي يمكن معه للزّوجة طلب التّطليق، فلهذا صدر المنشور الوزاري الذّي كان

1 - رواه الخمسة إلا أحمد. انظر: الشوكاني، ج 6، مرجع سابق، باب العدل بين الزوجات، ص 217.
2 - سورة النّساء: 129.
3 - تقنين الأسرة الجزائري.
4 - الشوكاني، مرجع سابق، ج 6، ص 217.

له الدّور الكبير في تحديد فكرة "المبرر الشّرعي" بنوع من الدّقة إذ نص على أنـه « ***يكتفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب مختص تثبت عقم الزّوجة الأولى أو مرضها العضال*** »، فمعنى ذلك أن هاتين الحالتين قد وردتا على سبيل الحصر، فإذا خرجنا عنهما، لا يجوز له الزّواج بأخرى، وحتّى ولو رغب في ذلك يرفض له الموثق تسجيل عقد زواجه، كما جاء في المنشور « ... ***إن لم يثبت هذا العقم أو المرض يرفض رئيس الموظف أو الموثق... تلقي العقد*** »[1].

**4 – شرط إعلام ورضا كلّ من الزّوجة السّابقة واللاحقة:**

فباستحداث هذان الشّرطان (إعلام كلّ من الزّوجة السّابقة واللاحقة) يكون المشرع الجزائري قد خالف تماما أحكام الشّرع الإسلامي، إذ أضاف إلى الشّروط التي أجمع عليها فقهاء الشّريعة الإسلامية، والتي هي القدرة على الإنفاق والعدل، أضاف لشرط المبرر الشّرعي علم كلّ من الزّوجة السّابقة واللاحقة ورضائهما، وبالمقابل نص صراحة وفي نفس المادة على أن في حالة مخالفة هذين الشّرطين، فإذا ما حصل مثلا وقام الزّوج بإبرام عقد زواج مع زوجة ثانية، وكان قد غشها، أي أوهمها بأنه أعزب ولم يسبق له الزّواج، أو أخفى على الزّوجة الأولى ولم يعلمها، أو أعلمها، ولكنّها لم تكن راضية بتصرفه هذا، فلها أن ترفض التّوقيع ويسجل رفضها إلى هامش العقد، ولها على أساسه فيما بعد أن ترفع دعوى تطلب على أساسها التّطليق.

**ثانيًا – الضّرر النّاتج عن مخالفة المادة 37 [2]:**

بالنّسبة للفقرة الأولى لم نجد حاجة لإعادة النّص عليها في هذه الفقرة، لأنه قد تناولناه فيما سبق ويتعلق الأمر بوجوب النّفقة على الزّوج، وإذا قصّر في ذلك أو امتنع لها حق طلب التّطليق.

أما الفقرة الثّانية فتناولت العدل في حالة النّص على التّزام الزّوج الذّي له عدّة زوجات، أن يعدل بينهن في الإنفاق، فإذا لم يعدل يكون لكلّ واحدة منهن طلب

---

1 - المنشور الوزاري رقم 84 – 102، المؤرخ في 1984/12/23، المتضمن كيفية تطبيق المادة 8 تقنين الأسرة. (مجلة الشّرطة الصّادرة بتاريخ 1986/02/29، ص 31، موضوع بعنوان مسألة تعدد الزّوجات).

2 - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

التّطليق، ولكنّ عليها أن تثبت ادعائها بكلّ الوسائل (كما رأينا في الفقرة الأولى) فإذا ما توصلت إلى إثبات ذلك وظهر للقاضي جليا تعسف الزّوج وتعنته قصد الإضرار بها، قاصدا بذلك إرغامها على ترك بيت الزّوجية مثلا فيكون لها التّطليق، فهذه الفقرة إذن تؤكد لنا حرص المشرع على حق الزّوجة في العدل المادي، الذّي يشمل الملبس والمأكل والمبيت والعلاج، وكلّ ما يلزمها من ضروريات في حياتها اليومية، أما ما هو معنوي، من شعور وميل عاطفي، فلا يمكن أن نطالب الزّوج بأن يعدل فيه، لأنه ليس ملكه، فإذا كان الرّسول ﷺ خير خلق اللّه، لم يتمكن من ذلك، فكيف لنا أن نطلق الزّوجة بسبب عدم العدل في الميل القلبي.

وهكذا نجد أن المشرع قد طبّق تماما أحكام الشّرع في ذلك، لأن الشّرع الإسلامي يعتبر العدل المادي في حالة تعدد الزّوجات كشرط أساسي للتّعدد إلى جانب شرط القدرة على الإنفاق، إذا خالفها الزّوج حق للزّوجة طلب التّطليق منه.

**ثالثا – نطاق الضّرر المخول للزّوجة طلب التطليق:**

لأنّ الضّرر الذّي يعطي للزّوجة حق طلب التّفريق نطاقه واسع فلا بدّ أن يدخل تحته كلّ ضرر مخالف للقانون والشّرع، بحيث يمكن أن يصيب الزّوجة بضرر من جرائه سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، مما يجعلها تحس أنها لم تتحصل على ما لها من حقوق تجاه هذا الزّوج، مثلما نص عليه الشّرع، بحيث تحس أنّها ليست كمثيلاتها، ومن هذه الأضرار، ما أصابها من ضرب مبرح وبدون أسباب، أو التّصرف في مالها بدون أذنها، والخصام والشّجار المستمر الذّي يجعل من حياتها جحيما لا يطاق، وكذلك عدم توفير السّكن والذي يدخل ضمن النّفقة، خاصّة إذا كانت لها ضرة ولا ترغب في السّكن معها[1].

ومن الضّرر كذلك تراخي الزّوج في الدّخول بزوجته بسبب راجع إليه، بحيث يعتبر ضربا من ضروب الهجر، لأن أطالته تنال من الزّوجة وتصيبها بنوع من

1 - المجلة القضائية لسنة 2001، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية، عدد خاص، ص 129.

الضّرر، ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة، فلا هي ذات بعل، ولا هي مطلقة[1].

ولها حق كذلك طلب التّطليق مع التّعويض أن عمد الزّوج على إرغامها لممارسة الدّعارة وشرب الخمر.

وكذلك إذا تركها معلقة دون إيفائها بمؤجل صداقها، ذلك لأن الإجماع على أداء المهر شرعا للزّوجة على زوجها إبانة لشرط المحل، وإن صحّ النكاح بدونه، بحيث يجوز أن تمتنع على أن يدخل بها، حتّى تستوفي منه معجل صداقها الذي اتفق عليه، ولا تعتبر الزوجة هنا ناشزا.

- ولها حق التطليق كذلك في حالة تضررها بسبب أخذ أموالها دون علمها ورضاها، بما في ذلك من مخالفة أحكام الشرع الذي يعترف للزّوجة بذمة مالية مستقلة.

وكذلك في حالة استحكام الخلاف بين الزّوجين بحيث تصبح الحياة الزّوجية جحيما لا يطاق[2].

- والضّرب المبرح الذّي يصل إلى أن يترك آثار أو جروح على جسم الزّوجة، إلا أنه في مثل هذه الحالة أصبح صعب الإثبات لأنّه نظرا لكثرة استعمال الطّرق الاحتيالية، لم يصبح القاضي يكتفي بالشّهادة الطّبية التي تثبت حدوث وآثار الضّرب على جسم الزّوجة، بل أصبحت تشكك في ذلك، بحيث ليس قطعا أن يكون الزّوج هو المتسبب فيها، ولأن الطّبيب لم يشاهد حادثة الضّرب، فلهذا أصبح القاضي لا يكتفي بالشّهادة الطّبية، بل يجب أن يكون هناك شهود عيان على ذلك[3].

ولكنّ في هذا القرار نوع من الإجحاف في حق المرأة التي تضرب طول اللّيل في الخفاء.

---

1 - المجلة القضائية لسنة 2001، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية، عدد خاص، مرجع سابق، ص 122.

2 - المجلة القضائية، سنة 1997، ص 66.

3 - المجلة القضائية، سنة 1991، ص 95.

هناك من الفقهاء من جعل من ضمن حالات التطليق للضرر حالة تضرّر الزوجة من اللعان، أي إذا اتهمها زوجها بالزنا.

وفي كلّ هذه الحالات يمكن الحكم للزّوجة بالتّعويض زيادة على التّطليق، إذا ما ثبت أن الزّوج قد بالغ كثيرا في الإضرار بزوجته، وذلك على أساس المادّة 55 من تقنين الأسرة.

ولكنّ ليس للمطلقة في مثل هذه الحالات الحق في التّعويض عن المتعة، بحيث أنها تثبت لمن يطلقها زوجها، وليس لمن طلقت نفسها بحكم[1].

## الفرع الثّاني
## الأحكام الخاصّة بالتطليق للضرر

إذا ما استمر الزّوج في التّعسف في استعماله لسلطاته وحقوقه التي له على زوجته، وأصبح يسيء استعمالها، وذلك بجميع الأساليب سواء بالقول أو بالفعل مستعملا في ذلك الوسيلة التي تجعل الزّوجة تمقت مثل هذه المعيشة الزّوجية التي لا تطاق، أي قاصدا تجريحها وتأليبها، وذلك أما عن طريق الكلام السّيء والجارح، وأما بالضّرب المؤلم المبرح الذّي يترك لها آلام جسدية ونفسية، دون مراعاة أدنى حق لكونها كائن حي قبل أن تكون زوجة ولا يريد إمساكها بمعروف ولا تسريحها بإحسان.

ولما وصل الأمر إلى هذا الحد، حق للزّوجة كما قلنا طلب التّطليق، إذ لها أن ترفع أمرها إلى رئيس المحكمة طالبة منه إزالة هذا الضّرر اللاحق بها من زوجها.

ولكنّ لا يكفي بمجرد ادعائها، أن يحكم لها القاضي بالتّطليق، بل عليها إثبات ذلك، وهذا بجميع طرق الإثبات[2] فإذا لم تستطع ذلك، يقوم القاضي بوعظه، أي بتذكيره بالعشرة وبمسؤوليته أمام الله، ويأمره بتحسين سلوكه مع زوجته، وذلك بزجره ونهيه عن العودة ثانية لأفعاله ومعاملته السّيئة لزوجته، (وهذا تقريبا نفس الأسلوب

1 - المجلة القضائية، سنة 1993، ص 41.

2 - المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1991، ص 46، ملف رقم 43864 بتاريخ 1987/01/12.

الذّي تكلم عنه المالكية في مذهبهم بالتّفصيل).

فإذا لم يتوقف الزّوج عن تلك التّصرفات وتمادى في الإساءة إلى زوجته، وعادت الزّوجة مرّة أخرى، وكررت دعواها أمام رئيس المحكمة، دون أن تتمكن من إثبات الضّرر، فعلى القاضي في مثل هذه الحالة أن يعيّن حكمين، حكم من أهل الزّوج وحكما من أهل الزّوجة، وعليهما أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 56 من تقنين الأسرة[1]، وذلك عمـلا بالآية الكريمـة: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا** ﴾[2]. فإذا لم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتّوفيق بينهما.

**أولا – ثبوت الضّرر والحكم بالتّطليق:**

من خلال قراءتنا لنص المادة نستنتج أنه لا يمكن للقاضي أن يجيب الزّوجة التي تدعي الضّرر، ويحكم لها بالتّطليق لمجرّد الادعاء بالضّرر، بل لا بدّ عليها من إثبات ذلك، ويمكن لها إثباته بجميع الطّرق كالإقرار، أو بإقامتها البينة، أو بأية طريقة توصل القاضي إلى الاقتناع بثبوت الضّرر، ولو كان ذلك عن طريق استقصاء الجيران والنّاس الأقربون من الزّوجين[3] وذلك عملا بالمذهب المالكي كما سبق ذكره.

فمعنى ذلك أنه إذا ما استطاعت الزّوجة إثبات الضّرر اللاحق بها فعلى القاضي أن يجيبها إلى طلبها، ويحكم لها بالتطّليق[4]، وهذا خلافا للمذاهب الأخرى.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بحيث يؤكد على « ***لا يسوغ للزّوجة أن تطلب التّطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضّرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلها*** »[5].

---

1 - تقنين الأسرة الجزائري.

2 - سورة النّساء: 35.

3 - من المبادئ المستقر عليها في الشّريعة الإسلامية أن الزّوجة لا تطلق جبرا من زوجها، إلا إذا أثبتت الضّرر الحاصل لها بالوسائل الشّرعية ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا للتّطليق.

4 - المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 01، ص 80.

5 - المجلة القضائية لسنة 1990، ص 92.

وفي القرار الثّاني « ***من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد الأزاك بين الزّوجين ولحق الزّوجة من ذلp ضررا بيناً واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهماً فلا سبيل لإعادة سوى pف الرّابطة الزّوجية*** ».

**ثانيًا – عدم ثبوت الضّرر وإلزامية تعيين الحكمين:**

من نص المادة يتضح لنا أنه في الحالة العكسية، أي إذا ما لم تتوصل الزّوجة إلى تقديم أية وسيلة إثبات يمكن أن تدعم بها ادعاءها أي الضّرر الذّي لحقها من زوجها، وفي أغلب الأحيان يكون الأمر صعب الإثبات، خاصّة بالنّسبة للضّرر المعنوي الذّي لا يترك آثارا ملموسة مثل الكلام الجارح والسّب والشّتم، وخاصّة إذا تمسك الزّوج بالنّفي والإنكار، ففي هذه الحالة يصعب إقناع القاضي، فلذا يكون له أي للقاضي تعيين حكمين عملا بنص المادة 56 أسرة [1]، وذلك تطبيقا للشّرع، حيث جاء في قوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا** ﴾[2].

ويلاحظ أنه لا يثبت تعيين الحكمين لمجرد ادعاء الزّوجة إضرار الزّوج بها، بل لا بدّ أن يكون ذلك بعد اشتداد واستمرار الخصام بين الزّوجين وتفاقمه، إلى درجة استحالة الحياة الزّوجية، ونفاذ صبر الزّوجة، إذ برفعها للدّعوى في المرة الأولى قلنا أنه قد لا يجاب لطلبها، بل يقوم القاضي بزجره وتهديده ونهيه، لعله يهتدي، فإذا لم يتوقف عن تسلطه وطغيانه، واستمرت المدعية ترفع أمرها وشكواها للقاضي دون أن تتمكن من إثبات الضّرر اللاحق بها جاز آنذاك تعيين الحكمين، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها: « ***من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد الأزاك بين الزّوجين ولحق الزّوجة من ذلp ضرر بّين، واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهماً فإنه لا سبيل من حال، لا يفp الرّابطة الزّوجية،*** »[3]. ويستوجب توافر شروط معّينة في الحكمين، وهي:

---

1 - المادّة 1/56 ق.أ.ج: « ***إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما*** ».

2 - سورة النّساء: 35.

3 - المجلة القضائية سنة 1990، الجزء الثّاني، ص 58. (قضاء المحكمة العليا)، ط1، 1992، ص 36 (الأحوال الشّخصية).

**1 – أن يكون الحكمان من أهل الزّوجين – أحدهما من أهل الزّوج والآخر من أهل الزّوجة –**

وذلك لأنّ الأقربين إليهم هم الأدرى بأسرار العائلة ومشاكلها، وهذا ما يسهل لهم معرفة حقيقة الخصام والشّقاق المستمر بين الزّوجين، ويتسنى لهم الإصلاح بينهما وإرجاعها للعيش معه حياة عادية ملؤها المودة والرّحمة، وهذا ما لا نتوصل إليه إذا كان الحكمان أجنبيان عن الزّوجين، فهما يجهلان بعض الأمور والحقائق الخاصّة بالزّوجين، وحتّى بالنّسبة للزّوجين فإنهما حفاظا على أسرار العائلة قد لا يدليان ببعض الأمور أمام هؤلاء الأجانب، وبالتّالي يصعب عليهم أداء المهمة المنوطة بهم، ألا وهي الإصلاح بين الزّوجين، لذا أوكلت مهمة التّحكيم والإصلاح إلى أحد أقارب الزّوج والزّوجة وهذا عملا بقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا** ﴾[1]. وبديهي بهذا الشّكل أن يكون الحكمان رجلين، عدلين، حكيمين، على قدر من الخبرة والحكمة لأداء المهمة التي كلفوا بها ألا وهي التّوصل إلى إنقاذ كيان أسرة من التّفكك والاندثار.

**2 – مهمة الحكمين:**

أ – على الحكمين اللّذين عينتهما المحكمة أن يعملا جاهدين من أجل التّوصل إلى إصلاح هذا الشّقاق القائم بين الزّوجين [2]، فهذا يتطلب منهما فهم الأسباب التي أدت إلى هذا النّزاع أولا ودراستها من كلّ النّواحي، وبعد سماع أقوال كلّ من الزّوجين وباعتبارهما من الأهل يمكن للزّوجين البوح إليهما بأمور شخصية، لم يكن يعرفها إلا هما الاثنين، وبعد محاولة التّحقق من هذه الأمور، وبعد الإحاطة بالنّزاع ودراسة القضية من كلّ ناحية، قد يتوصل الحكمان إلى إقناع الزّوجين بضرورة التّسامح، وبالتّالي المصالحة، وتنتهي المشكلة ويكون بذلك الحكمان قد حققا هدف وجودهما وتعيينهما، وذلك عملا بقوله تعالى: ﴿ **إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً** ﴾[3].

1 - سورة النّساء: 35.

2 - المادّة 2/56: « ***يعيّن القاضي الحكمين، حكمًا من أهل الزوج وحكمًا من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدّما تقريرًا عن مهمتهما في أجل شهرين*** ».

3 - سورة النّساء: 35.

وهذا الدّور الذّي كان يلعبه الرّجال العقلاء ومشايخ القبيلة أو العائلة، بحيث كانت أغلب النّزاعات تحل سلميا دون الوصول إلى إفشاء أسرار العائلة أمام المحاكم، فلهذا لم تكن قضايا الطّلاق تعرف هذا التّفشي والكثرة.

ب – إذا لم يتمكن الحكمان من الإصلاح بين الزّوجين، يرفعا تقريرهما إلى القاضي في خلال شهرين، موضحين فيه بالتّفصيل الخطوات أو الطّريقة التي اتبعوها وما توصلوا إليه من اقتراحات للزّوجين وموقف كلّ منهما أمام الآخر وشروطه، ويقدما اقتراحاتهما لعلاج النّزاع بأساليب أخرى، فإنّ رأيا أن الحل الوحيد هو فك هذه الرّابطة الزّوجية، عليهما الإشارة إلى ذلك، مع التّسبيب طبعا، وإذا كان التّقرير غير دقيق، يمكن للقاضي استدعائهما ليستمع لتفسيرهما وتوضيحهما شفويا[1].

وبناء على هذا التّقرير إذا ثبت الضّرر واقتنع القاضي بضرورة التّطليق حكم به، وألزم الزّوج بالتّعويض عن الضّرر المادي أو المعنوي إذا طلبت الزّوجة ذلك[2]، هذا في حالة اقتناعه طبعا بضرورة التّفريق بين الزّوجين.

أما إذا لم يقتنع القاضي بذلك عيّن حكمين آخرين لدراسة الموضوع من جديد.

وبهذا نستنتج أنه لا يصدر القاضي حكمه بالتّطليق، إلا بعد تقديم الحكمين لتقريرهما واقتناع القاضي[3] بما جاء في التّقرير والمؤيد للتّفريق أو تطليق الزّوجين.

## الفرع الثالث

## التطليق للضرر في بعض التشريعات، ومقارنتها مع القانون الجزائري

### أولا – المقارنة مع بعض التشريعات:

لقد نصّت معظم قوانين البلاد العربية (الإسلامية) على التّفريق للشّقاق والضرر، وعلى نظام التّحكيم بين الزّوجين، إلا أن بعض القوانين أعطت حق طلب التّفريق للزّوجة فقط دون الزّوج باعتباره يملك حق الطّلاق، وبعضها أعطت هذا الحق لكلّ من

---

1 - فضيل سعد، مرجع سابق، ص 298.

2 - المحكمة العليا، 22 نوفمبر 1982.

3 - المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 03، ص 71. قرار صادر بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 57812.

الزّوجين، كما أن بعضها اشترطت أن يكون الضّرر الذّي تدعيه الزّوجة يصل حدا لا يستطاع معه دوام العشرة الزّوجية، وبعض القوانين لم تشترط ذلك.

وهناك بعض القوانين منحت الحكمين سلطة التّفريق، أما البعض الآخر فلم تمنحهما إلا سلطة الإصلاح.

ولهذا نحاول التّطرق إلى بعض هاته التّشريعات.

**1 – في القانون المصري:**

كان المذهب الحنفي هو المعمول به في مصر، فلا تفريق بسبب إساءة أحد الزّوجين إلى الآخر، حتّى جاء القانون رقم 25 لسنة 1929[1] والذي ينص في مادته السّادسة أنه « إذا ادعت الزّوجة إضرار الزّوج بها بما لا تستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التّفريق، وحينئذ يطلقها طلقة بائنة إذا ثبت الضّرر، وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطّلب ثمّ تكررت الشّكوى ولم يثبت الضّرر، بعث القاضي حكمين على الوجه المبين بالمواد التّالية:

م 7: « ... يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزّوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

م 8: « على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشّقاق بين الزّوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة قرّراها ».

م 9: إذا عجز الحكمان الإصلاح وكانت الإساءة من الزّوج أو منهما أو جهل الحال قررا التّفريق بطلقة بائنة.

م 10: إذا اختلف الحكمان، أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإنّ استمر الخلاف بينهما حكّم غيرهما.

م 11: على الحكمين أن يرفعا أمرهما إلى القاضي بما يقررانه وعلى القاضي الحكم بمقتضاه.

---

1 - القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985.

**2 – القانون التونسي:**

نجد أن القانون التّونسي[1] يخالف المذهب المالكي، بحيث أعطى لكلّ من الزّوجين حق طلب التّفريق، دون تحديد شكلا معينا للضّرر، وقصر مهمة الحكمين على الإصلاح فقط.

الفصل 25: « ***إذا شكا أحد الزّوجين من الإضرار به، ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضّرر بصاحبه يعين حكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا، فإذا قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كلّ الأحوال*** ».

**3 – القانون السّوري:**

لقد أعطى القانون السّوري[2] حق طلب التّفريق لكلا الزّوجين غير أنه نص على أن الضّرر يجب أن يكون أيضا بما لا يستطاع معه دوام العشرة، وأعطى الحكمين سلطة التّفريق إن تعذر الإصلاح بينهما، بحيث تنص م 112 فقرة 1 من الفصل الرابع، على أنّه: « إذا ادّعى أحد الزّوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التّفريق.

2 – إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التّفريق طلقة بائنة.

3 – إذا لم يثبت الضّرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر، أملا بالمصالحة، فإنّ أصر المدعي على الشّكوى، ولم يتم الصّلح، عين القاضي حكمين من أهل الزّوجين، وإلا فممّن يرى القاضي أن له القدرة على الإصلاح بينهما... ».

**4 – القانون المغربي:**

أما بالنّسبة للقانون المغربي[3] فقد أعطى حق طلب التّفريق للزّوجة على أن يكون الضّرر لا يستطاع معه دوام العشرة.

1 - مجلة الأحوال الشّخصية التّونسية، مرجع سابق.

2 - قانون الأحوال الشّخصية السّوري، مرجع سابق.

3 - مدونة الأحوال الشّخصية (المغربي)، مرجع سابق.

وكذلك أعطى القاضي صلاحية التّفريق متى ثبت الضّرر دون الرّجوع إلى التّحكيم.

وقد جاء في الفصل السّادس والخمسين من الباب الثاني أنه:

1 – إذا ادعت الزّوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضّرر الذّي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها وثبت ما ادعته، وعجز القاضي على الإصلاح بينهما طلقها.

2 – إذا رفض طلب التّطليق وتكررت الشّكوى ولم يثبت الضّرر، بعث القاضي حكمين.

3 – على الحكمين أن يتفهّما أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلان جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معيّنة قرّراها، وإذا عجزا عن الإصلاح رفعا الأمر إلى القاضي لينظر في القضيّة على ضوء تقريرهما.

**ثانيًا – بع f الملاحظات علĂ القانون الجزائرă:**

لقد أجاز القانون الجزائري التّفريق للضّرر على رأي المالكية وكملاحظة يمكن أن نذكرها على النّص الجزائري أولا، عبارة « لكلّ ضرر معتبر شرعا »، فهو قد أحسن فعلا بحيث جعل هذه العبارة عامة، إذ حدده بصفة موضوعية، فيتضمن كلّ إخلال بالواجبات سواء حسب الشّرع أو حسب القانون، أو التي لم ينص عليها تماما، فإذا ما حدث أي تصرف سواء مادي أو معنوي، ولحق من جرائه ضرر للزّوجة فهو يعطيها حق طلب التّفريق، إذا ما وجدت أن استمرار المعيشة معه لا تطاق، وهذا طبعا يختلف من زوجة أو امرأة إلى أخرى بحسب الطبيعة والبيئة التي تربت فيها.

- لم يكن على المشرع أن يستعمل عبارة لاسيما، ويحصر الأهمية على المادتين 8 و37، لأن الضّرر الذّي يمكن أن يلحق الزّوجة من زوجها، لا ينحصر في حالة التّعدد، ولا يمكن تمييز ضرر عن آخر، فكلّ الأفعال التي تمس الزّوجة ماديا أو معنويا من طرف الزّوج المتسلط، هي أضرار تمنحها حق طلب التّطليق، إلا أن المشرع بإدراجه المادتين وقع في خطأين...

1 – أنه نوع من التّكرار فيما يخص فقرات المادة ثانية كررت مرتين دون الحاجة لذلك، كيف؟

أ – الفقرة الأولى ذكرت ضمن الفقرة الأولى (1) وهي لعدم الإنفاق.

ب – العدل، الفقرة الثّانية، كما أنها محتواة في المادة الأولى 08 عندما تكلم على نية العدل.

2 – إنّ المشرع الجزائري في المادة 8 أسرة، باستحداثه تلك الشّروط التي ذكرناها (أي شروط التّعدد) وعندما جعل في مخالفتها حق للزّوجة طلب فك هذه الرّابطة وقع في مخالفة لحكم شرعي عظيم، ألا وهو إباحة التّعدد لا يشترط علمها أي الزّوجة؛ بل القدرة على الإنفاق والعدل.

فنص المادة 8 على أنه إذا أراد الزّوج أن يتزوج بثانية دون علم الأولى، ودون أن يعلم الثّانية بأنه متزوج فهذا يخول لكلّ واحدة منهما، حق طلب الفرقة عند عدم الرّضا.

فهذا لا نجده في أي مذهب فقهي، فحتّى المذهب المالكي، الذّي يعرف بالتّوسع، والذي منح الزّوجة التّطليق للضّرر، لا يوجد فيهم من اعتبر أن الزّواج بأكثر من واحدة، في حدود ما سمح به الشّرع – يعتبر إضرارا بالزّوجة السّابقة أو اللاحقة، إذا لم يعلمها بذلك.

- إلا في حالة عدم العدل في الأشياء المادية، ومال كلّ الميل إلى الزّوجة الثّانية وترك الأولى كالملعقة، وهو ما يسمح لها برفع أمرها إلى القاضي ليرفع عنها هذا الضرر.

- وحالة ما إذا كانت قد اشترطت عليه في العقد، أنه إذا تزوج عليها فأمرها بيدها، ولها الخيار في البقاء معه، أو مفارقته فهنا يحق لها طلب التّطليق.

أما في غير هاتين الحالتين فلا يجوز ...[1].

---

1 - الأستاذ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 148. يجوز للزّوجة أن تشترط على زوجها ما تشاء من الشّروط (على ألا تحلل الحرام وتحرم الحلال) فلها أن تشترط إلا يتزوج عليها ثانية، وأن تزوج عليها، فأمرها بيدها. للاطلاع بالتفصيل على الشروط التي فيها نفع للمرأة والآراء المختلفة التي قيلت في ذلك راجع: السيد سابق، فقه السنّة، المجلّد الثاني، مصر، دار الفتح للإعلام العربي، ط 20، 1417 هـ، الموافق لـ 1997م.

كما أنه يتميز المشرع الجزائري بأنه أعطى حق التّطليق للضّرر للزّوجة دون الزّوج، وهذا بخلاف بعض التّشريعات الأخرى التي منحت ذلك للزّوج والزّوجة، وذلك ممكن لأن الزّوج بيده الطّلاق بالإرادة المنفردة.

- كما لم ينص على شروط الحكمين، وإذا لم يكن من أهليهما رجلين عدلين باستطاعتهما القيام بمهمة الإصلاح، فهل يعين القاضي شخصا آخر ولو كان أجنبيا؟

فتطبيقا للمادة 222 – التي تعد تطبيقا لأحكام الشّرع الإسلامي، ومن خلال نص الفقرة الثّانية من م 56 يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزّوج، وحكما من أهل الزّوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.

فمعنى ذلك أن للحكمين مهمة الإصلاح فقط، فإنّ لم يستطيعا ذلك، فليس لهما أن يفرقا بين الزّوجين، فإذا رأيا أنه يجب التّفريق بينهما عليهما توضيح كلّ تفاصيل وادعاءات الطّرفين والأسباب التي المؤدية إلى اتخاذ موقف في مسألة التّفريق، ويقدمان هذا التّقرير لرئيس المحكمة وهو الذّي يصدر الحكم.

فلذا نقترح أن تكون المادّة بالصياغة الآتية:

« - إذا ادّعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التطليق.

- إذا ثبت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما.
- إذا لم يثبت الضرر، واستمرّ الشقاق بين الزوجين، وتعذّر الإصلاح يعيّن القاضي حكمين: حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها (أن يكونا ذكورًا، راشدين، عدلين، ولهما دراية بهذه المهمّة المكلّفان بها)، على أن يقدّما تقريرهما بعد شهرين، فإن تعذّر ذلك عين من أجنبيين).
- وعلى الحكمين تقصّي أسباب الشقاق، وبذل كلّ ما في وسعهما للإصلاح، وإلا فرّق بينهما. ويكون ذلك حسب كلّ حالة، فإذا كانت الإساءة من جانب الزوجة حكما بالفرقة بمقابل، اي فقدانها لمهرها. أمّا إذا كانت من جانب الزوج فقط حكما بالفرقة دون مقابل، ويكون عليهما تقديم تقريرهما إلى القاضي مع التسبيب.

- وعلى القاضي الحكم بذلك، أمّا في حالة اختلافهما فيحكم القاضي إمّا بالإصلاح إذا أمكن، ,غلا بالتفريق – طبعًا، مع مراعاة من الضارّ والمضرور – مع الحكم بالتعويض إذا استحقّ.
- وتكون الفرقة هنا طلاقًا بائنًا -.

# الفصل الثاني

# الضرر المعنوي

# المخوّل للزوجة حقّ طلب التطليق

الضرر المعنوي هو الأذى الذي يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره من جراء فعل كالضرب الذي لا يحدث أثرًا في الجسم، وإنّما يترك ألمًا في النفس، أو من جرّاء قول كالسبّ والشتم، فهناك من الفقهاء من قصر الضمان على الضرر المادي، وهناك من يرى أنّ الضمان يستوجب الضرر المالي أو غير المالي، إذ يجب إزالة أثره، سواء كان إتلاف مال، وعندئذ تكون إزالته بدفع مال معادل إلى من أصابه الضرر، أم كان ألمًا نفسيًا، وعندئذ تكون إزالته بما يُذهب الألم المترتّب عنه، وذلك بإرضاء نفس المضرور وشفاء غلّه، ويكون ضربًا من التعزير (منها العقوبة المالية، وبه قال مالك)[1]. وقد أدخلت تحت هذا المعنى كلّ الحالات التي يكون فيها الضرر معنويًا بحتًا أو يغلب فيه هذا الجانب، وتتمثّل هذه الحالات في التفريق للعيوب، وللهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، وحالة حبس الزوج، وحالة ارتكاب الزوج فاحشة مبيّنة.

---

1 - عبد الستار جبالي، مرجع سابق، ص 96. انظر أيضًا: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 764.

## المبحث الأوّل

## التطليق للعيوب في الشريعة والقانون

إنّ الأصل هو سلامة الزوجين من كلّ عيب أو مرض يمكن أن يؤثّر على صفو الحياة الزوجية التي ينتظر منها السكينة وراحة البال، وليس النفور والكراهية، فلذا كلّ عيب أو مرض في أحد الزوجين يمكن أن يمنع الطرف الآخر من تحقيق المقاصد المرجوّة من الزواج، سواء كان مرضًا مهما كان نوعه نفساني أو عضوي، أو كان متمثلاً في العنّة أو الخصاء، بحيث يمنع الطرف الآخر من الاستمتاع الكامل بالزواج، مثل العيوب الجنسية أو تؤدّي إلى تقزّز نفس الطرف الآخر، مثل البرص، فإذا ما تحقّقت مثل هذه الأضرار لأحد الزوجين، هل يحقّ لهما طلب الطلاق أم يحقّ لأحدهما دون الآخر، وهذا ما نتناوله من خلال تطلّعنا على آراء الفقهاء التي قيلت في هذا الموضوع، وذلك في المطلب الأوّل، وإلى موقف المشرّع الجزائري في المطلب الثاني.

### المطلب الأوّل

### التطليق للعيوب لدى فقهاء الشريعة

انقسم الفقهاء في معالجتهم لهذا الموضوع إلى فريقين: فريق يجيز للزوجة فقط طلب التفريق لتضرّرها من العيوب التي في الزوج، وفريق يجيز هذا الحقّ لكلا الزوجين، مع تبرير كلّ واحد منهما رأيه بأدلّة، إضافة إلى تحديد أحكام خاصّة لكلّ حالة من تلك الحالات، فلذا يستوجب منّا أن نتناول آراء الفقهاء في الفرع الأوّل والأحكام في الفرع الثاني.

الفرع الأوّل

آراء الفقهاء في ثبوت الحقّ في التطليق

اختلف الفقهاء في إجازة وعدم إجازة طلب التطليق للعيوب والأمراض، فمنهم من أجاز ذلك وهم جمهور الفقهاء ومذهب الأحناف. ولكن هؤلاء، رغم اتفاقهم حول المبدأ إلا أنّهم اختلفوا في كثير من التفاصيل. ومنهم من لم يجز التفريق للعيب، وذلك بصفة مطلقة، ويمثّل هذا المذهب الظاهريّة والذي يتزعّمهم ابن حزم[1].

**أوّلا - جواز الخيار للعيب:**

لقد أجمع جمهور الفقهاء على أنّه إذا ثبت عيب أو مرض في أحد الزوجين، ممّا يؤدّي إلى تضرّر الطرف الآخر، بحيث لا يمكنه العيش معه إلا بشقّ الأنفس، فإنّه يثبت له حقّ الخيار في الردّ، ولكنّهم اختلفوا حول تحديد العيوب الموجبة للتفريق، ومن يملك هذا الحقّ منهما دون الآخر، أم لهما الاثنين.

وقد أسّس أصحاب هذا الرأي إجازتهم للتفريق على أنّ الأصل هو اعتبار السلامة من العيوب، وأنّ في إمساك الزوجة مع وجود هذه العيوب في الزوج يسبّب لها مضرّة ممّا يؤدّي إلى تفويت لمقاصد الزواج، فهذا فيه إجحاف بحقّها، ويتعارض مع مبدأ أساسي في شريعتنا السمحاء، وهو منع الضرر، إذ يقول الرسول ﷺ: « ***لا ضرر ولا ضرار*** »[2]. ويقول ابن قدامة: « ***وأيّ الزوجين وجد في صاحبه جنونا أو جذامًا أو برصًا أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء أو الرجل مجبوبًا فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح*** »[3].

ويقول الدردير « ***الخيار للزوجين ببرص إذا لم يسبق علم*** » نفهم من ذلك أنّه يعطي حقّ الخيار لأحد الزوجين إذا ما وجد عيبا بالطرف الآخر[4].

---

1 - ابن حزم، المحلّى، ج 10، مرجع سابق، ص 58. انظر أيضًا: الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ص 132. وانظر أيضًا: مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 203 – 209 وما بعدها.

1 - سبق تخريجه.

2 - سبق تخريجه.

3 - ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج 6، مرجع سابق، ص 667.

4 - الدردير، الشرح الصغير، ج 2، مرجع سابق، ص 130.

وقال الخطيب إذا وجد أحد الزوجين بالآخر جنونًا أو جذامًا أو برصًا أو وجدها رتقاء أو قرناء أو وجدته عنينا أو مجنونا، ثبت لواجد العيب من الزوجين الخيار في فسخ النكاح[1].

ولقد استدلّوا لمذهبهم بالسنّة والإجماع والمعقول:

**1 – بالسنة:** ما رواه الإمام أحمد عن جميل بن زيد قال حدّثني شيخ من الأنصار، ذكر أنّه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أنّ رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني غفّار، فلمّا دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش، أبصر بكشحها[*] بياضًا، فانحاز عن الفراش ثمّ قال: « ***خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئًا وفي رواية ألحقي بأهلها*** »[2].

وجه الاستدلال: فذلك يدلّ على ثبوت الخيار لكلّ من الزوجين بوجود البرص وعلى أنّ للزوج الحقّ في إيقاع الفرقة والردّ بعيب المرأة.

وقوله ﷺ: « ***فرّ من المجذوم كما تفر من الأسد*** »[3].

**2 – بالإجماع:** نقل الماوردي إجماع الصحابة على ثبوت الخيار بالجب والعنّة والخصاء[4].

**3- بالقياس:** قياس النّكاح على البيع، فبما أنّ البيع يرد للعيب فنفس الأمر بالنسبة للنكاح، لأنّهما يشتركان في العلّة، بل النّكاح من باب أولى.

**4 – بالمعقول:** إنّ الوطء مستحقّ على الزوج للمرأة بالعقد الصحيح فإذا قيل أنّ عقد الزواج لازم ويثبت الخيار للمرأة عند وجود عجز لديه عن مجامعتها بسبب العنّة

---

1 - الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ، مرجع سابق، ص 202.

* - الكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي. انظر أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 2، 3، 2000 – 2003.

2 - الصنعاني، سبل السلام، ج 3، مرجع سابق، ص 1143.

3 - جزء من حديث أبي هريرة في صحيح البخاري، ج 7 ،ص 174.

4 - مغني المحتاج، ج3، ص 203، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ، مرجع سابق، ص 355.

فإنّ هذا سيؤدّي إلى فوات حقّها في الجماع وفي ذلك طبعا ظلم وإضرار بها، طبقا لقوله تعالى: ﴿ **وَلا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَداً** ﴾[1].

كذلك لا يمكن توفية حقوق النكاح مع الجنون، ولا تطيب النفس على مجامعة برصاء أو مجذومة لأنّ ذلك يوجب النفر، ويخشى تعدّيه إلى نفسه ونسله[2].

**ثانيًا - عدم جواز التفريق للعيوب (الظاهرية):**

يرى الظاهرية أنّه لا يجوز التفريق بأي عيب كان سواء أكان في الزوج أوفي الزوجة ومهما كان نوع العيب سواء أكان تناسليًا أو كان من الأمراض المنفّرة، كالجذام والبرص...إلخ، وتبنّى هذا الرأي ابن حزم.

وهذا ما قاله عمر بن عبد العزيز ونقله عنه ابن رشد في بداية المجتهد [3].

قال ابن حزم: « ***لا يفسخ النكاح بعد صحّته بجذام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون ولا بأن يجد بها شيئا من العيوب ولا بأن تجد هي كذلك ولا بعنانة ولا بشيء من العيوب*** »[4]. إلاّ أنّه - أي ابن حزم- قد أعطى لكلّ من الزوجين حقّ اشتراط السلامة من العيوب.

**أدلتهم:**

وقد استدلّ أصحاب هذا الرأي على صحّة ما جاؤوا به بالسنة والمعقول:

**1 – من المعقول:**

« ***كلّ نكاح صحّ بكلمة الله عز وجلّ وسنة رسول الله ﷺ فقد أحلّ الله المنكوحة فيه لزوجها وحرم بشرتها وفرجها على كلّ من سواه فمن فرّق بينهما بغير قرآن أو***

1 - سورة الكهف، من الآية: 49.

2 - الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 203.

3 - ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 80.

4 - ابن حزم، المحلّى، ج 10، مرجع سابق، ص 58.

***سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمّهم الله تعالى بقوله:* ﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ﴾**[1] ».

إذ يرون أنّه لم يصحّ في الفسخ للعيب دليل في القرآن أو السنّة أو الأثر عن الصحابة أو القياس أو المعقول.

ورد هناك ردّ على هذا الاستدلال بأنّ كلاًّ من الكتاب والسنّة يقضي قطعا بإزالة الضرر عمّن نزل به وبكلّ وسيلة ممكنة، فالتفريق بين الزوجين بالعيوب لا يتعارض مع القرآن والسنة بل هو فرد من أفراد هذا الأصل وتطبيق لقاعدة رفع الضرر.

فإذا وجد أحد الزوجين عيبا في الطرف الآخر فإنّه من الظلم أن يلزمه بالبقاء مع إنسان ينفر منه، وهذا طبعا يتنافى مع قول الرسول عليه الصلاة والسلام: « ***لا ضرر ولا ضرار في الإسلام*** »[2]، وقوله تعالى: ﴿ **ولا تُمْسِكُوهُنّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا** ﴾[3]. إذ إنّه في حالة رفض الطرف الآخر تسريحه جاز للقاضي أن يتدخّل ليرفع عنها هذا الضرر بالتطليق.

**2 – من السنّة:**

واستدل ابن حزم على رأيه السابق بما رواه عروة بن الزبير أنّ عائشة أخبرته أنّ رفاعة القرظي طلق امرأته، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير.

فجاءت إلى النّبي ﷺ فقالت: « ***يا رسول الله إنّي كنت تحت رفاعة فطلقني آخر التطليقات الثلاث، فتزوّجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فو الله ما وجدت منه إلا مثل هذه الهدبة، وأخذت هدبة من جلبابها، فتبسم رسول الله ﷺ. وقال: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟...لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك*** »[4].

---

1- سورة البقرة، الآية: 102. ابن حزم، المحلّى، ج 10، ، مرجع سابق، ص 61.

2 - سبق تخريجه.

3 - سورة البقرة، الآية: 231.

4 - البخاري، صحيح البخاري، ج 7، ص 76، باب الطلاق بالثلاث، ، مرجع سابق، ومسلم،

إذ يقول ابن حزم في ذلك إنّ هذه المرأة ذكرت لرسول ا ﷺ أنّ زوجها لم يطأها وأنّ إحليله كالهدبة لا ينتشر إليها، وتشكو ذلك إلى الرسول ﷺ وتريد مفارقته فلم يشكها ولم يؤجّل لها شيئا ولم يفرق بينهما، وفي هذا كفاية لمن عقل[1].

ومن جهة ثانية أعطى ابن حزم للزوجين حقّ اشتراط السلامة من العيوب في العقد لكلّ من الزوجين، ويكون الشرط صحيحًا ولازما وإذا ظهر للمشترط خلاف ذلك فإنّ العقد يكون مفسوخا من أصله أي باطلاً.

نقض هذا الاستدلال لأنّ هذه الزوجة لم تطلب الفسخ بل فهم منها الرسول ﷺ أنّها تريد أن ترجع إلى رفاعة، لذا كان جوابه كذلك. أخرج مالك في الموطّأ أنّ عبد الرحمن لم يستطع أن يمسّها فطلّقها فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأوّل، فجاءت تستفتي الرسول ﷺ فأجابها بأنّها لا تحلّ له[2].

**ثالثا - مناقشة وترجيح (الرأي الشخصي):**

فأنا بدوري أؤيّد الرأي الأوّل الّذي أعطى للزوجين حقّ الخيار في حالة ما إذا وجد أحدهما عيبا في الطرف الآخر لأنّ ذلك يعتبر أكثر مطابقة للمنطق والمعقول ومبادئ شريعتنا السمحاء القائمة على اليسر ليس العسر، فمن غير المتصوّر أن نلزم زوجة وجدت في زوجها مرضا معديا أو ليس هناك أمل في شفائه بالبقاء معه ممّا قد يؤدّي إلى إصابتها هي كذلك بأمراض عصبية. وهذا ما يلزمنا بالاعتراف بحقّ الاختيار سواء للزوجة أو للزوج إذا ما لم يستطيعا التحمل.

1 - ابن حزم، المحلّى، ج 10، ، مرجع سابق، ص 62 و 63.
2 - الصنعاني، سبل السلام، ج 3، ، مرجع سابق، ص 1143.

## الفرع الثانـي
## أحكام التطليق للعيب

### أولا – صاحب الحق في طلب التفريق:

رغم اتفاق جمهور الفقهاء على جواز الفسخ بالعيب والعلل إلاّ أنّهم اختلفوا حول مسائل عديدة لمن يثبت هذا الحق، (حق طلب التفريق إذا وجد عيب أو علة بالطرف الآخر)، وفي العيوب التي يثبت بها للزوجة حقّ طلب التفريق، فلذا نتعرض إلى آراء كل المذاهب المختلفة فيما يخص كل مسألة من هذه المسائل:

- يرى الحنفية أنّه يثبت الخيار بالعيوب الثلاثة الخاصّة بالتناسل إذا كانت موجودة عند العقد أو حدثت بعده قبل الدخول، أمّا إذا حدثت بعد الدخول فلا يثبت بها حق الخيار، لأنّ الزوج بالوصول إلى المرأة مرّة، يكون قد أوفاها حقّها فليس لها أن تطالب به بعد.

- فأبو حنيفة وأصحابه لم يجيزوا التفريق القضائي لعيوب المرأة، لأنّ سلطة الطلاق بيد الرجل، وهذا فيما يخصّ عيوب التناسل الخاصّة بالرجل التي ذكرت (العنّة، الخصاء، والجب). وأضيف إليها البرص والجنون والجذام [1].

أمّا الأئمة الثلاثة فقد أجازوا التفريق لهذه العيوب سواء أكانت بالرجل أو بالمرأة، فالجنون والجذام والبرص والعيوب المانعة من التناسل تجيز للطرف الآخر طلب التفريق، ولكن الفرق يظهر في أحكام كلّ واحد منها فاللجوء إلى الطلاق يؤدي إلى إلزام الزوج بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول، وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول لها المسمّى بالاتفاق، لكن يرجع الزوج عند المالكية والحنابلة والشافعي بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة كالأب والأخ لتدليسه بكتمان العيب، ولا سكنى لها ولا نفقة [2].

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 355.، الكاسائي، بدائع الصنائع، ج2، ، مرجع سابق، ص 327.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 517.

واتفق أصحاب هذا الرأي على أنّه إذا علم الزوج بالعيب قبل الدخول طلّق ولا شيء عليه، واختلفوا إذا علم بعد الدخول، فقال مالك: إن كان وليها الّذي زوّجها ممّن يضنّ به لقربه منها أنّه عالم بالعيب مثل الأب والأخ، فهو الّذي يرجع عليه الزوج بالصداق ولا يرجع على المرأة بشيء، وإن كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كلّه إلاّ ربع دينار فقط. أمّا الشافعي يقول إن دخل بها لزمه الصداق كلّه بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على وليّها[1].

**ثانيًا - العيوب التي تجيز التفريق:**

اتفق أئمة المذاهب الأربعة والإمامية على التفريق بعيبين وهما الجب والعنّة واختلفوا في عيوب أخرى على آراء أربعة:

**1 - رأي أبي حنيفة وأبي يوسف:** لا فسخ إلاّ بالعيوب التناسلية الثلاثة، وهي الجب والعنة والخصاء إن كانت في الرجل لأنّها عيوب غير قابلة للزوال فالضرر فيها دائم، ولا يتحقق معها المقصود الأصلي وهو التوالد والتناسل والإعفاف عن المعاصي فلا بدّ إذن من التفريق للخلاص منها.

- أمّا العيوب الأخرى من جنون وجذام و برص و رتق و قرن، فلا فسخ للزواج بسببها سواء كانت بالزوجة ولا إن كانت بالزوج، وهذا هو الصحيح عند الحنفية.

وقال الإمام محمد من الحنفية إنّه يحق للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها إذا وجدت به أي عيب لا تستطيع الحياة معه بوجوده [2].

– وهناك من ذكروا أن الإمام محمد خالفهم بإضافة ثلاثة عيوب الجنون والجذام والبرص [3].

---

1 - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ، مرجع سابق، ص 81 . انظر أيضًا: الدردير، الشرح الصغير، ج 2، مرجع سابق، ص 133 – 134.

2- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 441؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 518.

3- الكاساني، البدائع، ج2، ، مرجع سابق، ص327.

**2 - رأă مالp والشافعي:**

يفسq النكاح من أي واحد من الزوجين إذا وجد في الآخر عيبًا من العيوب التناسلية (الجنسية) أو العيوب المنفرة من جنون أو جذام أو برص.

- والعيوب عند الشافعية سبعة: وهي الجب والعنة، والجنون والجذام والبرص والرتق والقرن، ويمكن أن يكون في كلّ من الزوجين خمسة: الأوّلان في الرجل والأخيران في المرأة، والثلاثة الوسطى مشتركة بينهما، ولا فسq في البخر والاستحاضة، والقروح السيالة، والعمى. لأنّ هذه الأمور لا تفوّت مقصود النكاح.

العيوب عند المالكية ثلاثة عشر عيبًا: أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة: الجنون والجذام والبرص والعذيطة (خروج الغائط عند الجماع)، ويقال للمرأة عذيوطة، وللرجل عذيوط.

وأربعة تختص بالرجل: وهي الخصاء والجب والعنة والاعتراض (عدم القدرة على الاتصال الجنسي لمرض أو نحوه).

وخمسة تختص بالمرأة وهي الرتق والقرن والبخر(نتن الفرج) والعفر (غدة تمنع ولوج الذكر أو رغوة تمنع لذة الوطء)، والإفضاء (اختلاط القبل بمجرى البول أو الغائط)[1].

وليس من العيوب القرع ولا السواد ولا إن وجدها مفتضة من الزنا على المشهور، وليس منها العمى والعور، والعرج، والزمانة ولا نحوها من العاهات إلاّ إن اشترط منها والعيوب عند الإمام 11 عيبًا: أربعة في الرجل وهي الجنون والخصاء والعنة والجب وسبعة في المرأة وهي الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمى والإقعاد.

**3 - رأă أحمد:** يفسq النكاح بالعيوب التناسلية أو الجنسية أو العيوب المنفرة، أو العيوب المستعصية كالسل، الزهري.

---

1 - الدردير، الشرح الصغير، ج 2، مرجع سابق، ص 130 و 131.

والعيوب عنده ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي: الجذام والجنون والبرص.

- واثنان يختص بهما الرجل، وهما الجب والعنة.

- وثلاثة تختص بالمرأة وهي: الفتق، (اختلاط مجرى البول والمني) والقرن والعفل.

- وليس من العيوب المجيزة للفسخ: القرع والعمى، والعرج وقطع اليدين والرجلين، لأنّها لا تمنع الاستماع ولا يخشى تعديها.

جاء في المغني: « ***اختص الفسخ بهذه العيوب، لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإنّ الجذام والبرص يثيران نفرة النفس ويخشى ضرره، والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته*** ».

ومن هذا النص يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

1 – كلّ عيب سبّب نفرة في النفس وخشي تعديه إلى النسل أي العيوب المعدية السارية للأولاد مع إثبات ذلك بشهادة طبّية أو بما هو معروف عادة.

2 – كلّ عيب منع المقصود من الاستمتاع أي كلّ عيب جنسي.

3 – كل ما خشي منه الضرر كالجنون[1].

فالراجح لدى الحنابلة: عدم تحديد العيوب، لأنّهم قصروا جواز الفسخ على العيب الّذي لا تتم معه مقاصد الزواج على وجه الكمال، وهذا هو المتفق مع مقتضى عقد الزواج[2].

**ثالثا – حكم العيوب الطارئة بعد الزواج:**

---

1 - ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 666.

2 - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج 4، مرجع سابق، ص 31. « ***وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن تزوّج امرأة وهو لا يولد له أخبرها أنه عقيم وخيّرها فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب الأخرى؟ والقياس أنّ كلّ عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة وجب الخيار، وهو أولى من البيع*** ».

إذا ما طرأ أي عيب من العيوب المذكورة سابقا، والتي تناولنا أحكامها، فهل يطبّق نفس الحكم على العيوب الّتي قد تحدث بعد الزواج سواء كان الرجل قد دخل بزوجته أو لم يدخل بعد، وإذا كان الأمر يختلف فهل يشمل ذلك الزوجين معا أم أنّ لأحد الطرفين الخيار دون الآخر؟

برجوعنا إلى الآراء الفقهية نجدها قد اختلفت في معالجة هذه القضية حيث فرّق بعضهم بين العيوب الحادثة قبل الزواج وتلك الّتي تحدث بعده أمّا البعض الآخر لم يرى مبرّرا للتمييز بين الحالتين فإذا ما حدث عيب قبل أو بعد الزواج ثبت لكلا الزوجين حقّ الخيار[1].

يرى الحنفية أنّه في حالة ما إذا تزوّجت بهذا الرجل سليما وجبّ أو أصبح عنينًا بعد الزواج وكان قد دخل بها ولو مرّة واحدة لا يحقّ لها طلب الفسخ لسقوط حقّها بالمرّة الواحدة قضاء، وما زاد عليه فهو مستحقّ ديانة لا قضاء.

أمّا الحنابلة فلهم روايتان، إحداهما موافقة لرأي الشافعية والثانية إذا ما حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهين: الأوّل يثبت الخيار والثاني لا يثبته، والمرأة والرجل في ذلك سواء[2].

وردّ بن قدامة على من فرّق بين المرأة والرجل في إعطاء حقّ الخيار للعيوب الحادثة بعد العقد بقوله: ولأنّهما متساويان فيهما إذا كان العيب سابقا فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين.

أمّا المالكية فقد فرّقوا بين العيب الموجود في الزوج والموجود في الزوجة، فقالوا إن كان العيب بالزوجة فليس للزوج الخيار أو طلب التفريق، لأنّهم يعتبرون أنّها مصيبة نزلت به وعيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقل، فأشبه العيب الحادث بالمبيع، وإن كان العيب بالزوج فللزوجة الحقّ في طلب التفريق إن كان العيب جنونا

---

1 - عبد المومن بلباقي، مرجع سابق، ص 82. انظر أيضًا: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، قسم الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 196 – 198.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 653 و 654.

أو جذاما أو برصا لشدّة التأذي بها وعدم الصبر عليها، ولكن ليس لها الحق في طلب

التفريق للعيوب التناسلية الأخرى من جب أو عنة أو خصاء[1].

وهناك من قال إنّ حكم جنون الزوجة بعد العقد مماثل لحكم جنون الزوج وبالتالي يكون له حقّ الخيار.

نجد أنّ المالكية تميّزوا بموقفهم هذا، إذ يميّزون بين المرأة والرجل في حقّ الخيار للعيب الحادث بعد الزواج دون تقديم أي تبرير مقنع لذلك.

**رابعًا – دعوى وجود العيب والقيود الواردة عليها:**

من المتفق عليه بين الفقهاء أنّه إذا وجد أحد الزوجين عيبًا بصاحبه، ولم يصل إلى إصلاح بينهما، يرفع دعواه إلى القضاء طالبًا الفرقة، فإذا ما تبيّن للقاضي صدق دعواه، أجابه إلى طلبه، وحكم بالفرقة إذا كان المدّعي هو الزوج، أمّا إذا كانت المرأة هي المدعية طلب من الزوج تطليقها، فإن فعل وإلا قام القاضي بتطليقها، إذا لم يكن الأمر يتطلّب التأجيل كما في بعض العيوب، فإذًا الفرقة بالعيب تستوجب ادعاء صاحب المصلحة وحكم القاضي، وذلك باعتبار التفريق بالعيب أمرًا مجتهدًا فيه ومختلفًا فيه بين الفقهاء، يحتاج إلى قضاء القاضي لحلّ النزاع، لأنّه ممكن في بعض الحالات أن ينفي الزوج ادعاء زوجته. إلا أنّه في بعض العيوب يؤجّل الحكم بالفرقة لمدّة اختلفت آراء الفقهاء في تحديدها، وذلك إذا كان العيب ممّا يستوجب الإرجاء، فإذا تبيّن للقاضي أنّ الزوج مثلاً مجبوب ممّا لا يُرجى شفاؤه فرّق القاضي بينهما في الحال من غير تأجيل[2]، أمّا إذا كان فيه مرضًا آخر كالعنين مثلاً أجّله سنة من تاريخ الخصومة، أي الدعوى والترافع عن الحنفية والحنابلة لاحتمال ثبوت قدرته على الجماع في أثناء السنة على مرور الفصول الأربعة، وهذا ما هو مروي عن الصحابة[3]، وهذا ما هو متفق عليه من أغلب الفقهاء، إلا أنّ الاختلاف كان فيما يوجب التأجيل من العيوب تبعًا لاختلافهم في احتمال البرء منها والميؤوس من شفائها، ولكن لتقبل هذه الدعوى، أي دعوى التفريق للعيب يجب توافر شروط معيّنة وهي:

---

1 - الدردير، الشرح الصغير، ج 2، مرجع سابق، ص 131 و 132.

2 - بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 436 و 437.

3 - الإمام مالك بن أنس، الموطأ، باب أجل الذي لا يمسّ امرأته، مرجع سابق، ص 358.

1 – أن يكون الزوج بالغًا، فقد يكون للصغر سبب في عجزه. فإذا بلغ ولم يصل إلى الزوجة بعد البلوغ كان على القاضي أن يؤجّله سنة.

2 – أن تكون الزوجة بالغة، فلو كانت قاصرة لم يكن لوليّها طلب التفريق، فقد ترضى به بعد بلوغها لأيّ سبب تراه.

3 – أن لا ترضى الزوجة بهذا العيب، فلو تزوّجت رجلاً معيبًا، وهي عالمة بحاله، لم يكن لها طلب التفريق، وكذلك لو علمت بحاله بعد الزواج، ولكن صرّحت برضاها بالبقاء معه، لم يكن لها بعد ذلك طلب التفريق[1].

4 – أن لا يكون بالزوجة عيب جسمي يمنع من المباشرة الزوجية، فإن كان لم يكن للزوجة طلب التفريق لأنّ الزوج في هذه الحالة لا يكون ظالمًا بمنعها حقّها.

**خامسًا – نوع الفرقة التي تقع بسبب العيب:**

- يرى الأحناف والمالكية أن الفرقة بالعيب طلاق بائن ينقص عدد الطلقات.
- أمّا الجمهور فيعتبرون الفرقة للعيب فسخا وليس طلاقا.
- إذ يرى الأحناف والمالكية أنّ هذه الفرقة طلاق بائن ينقص عدد الطلقات، لأنّ فعل القاضي يضاف إلى الزوج، فكأنّه طلّقها بنفسه، ولأنّها فرقة بعد زواج صحيح تعتبر عند المالكية طلاقا لا فسخا، وإنّما جعل الطلاق بائنًا لرفع الضرر عن المرأة، إذ لو جاز للزوج مراجعتها قبل انقضاء العدّة، عاد الضرر ثانية.
- ويرى الشافعي والحنابلة والجعفرية إنّ الفرقة للعيب فسخ لكونه من إيقاع القاضي ولو تلفّظ بالطلاق ظاهرًا، لأنّه ما فعل ذلك إلاّ بأمر من القاضي، وهو ما يخضع للإجبار، فكان فسخًا لا طلاقًا، ولولا كونه كذلك ما اشترط أن يكون عند القاضي.

قال الشافعي: والفرقة فسخ بلا طلاق.

وقال ابن قدامة من الحنابلة: فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق.

---

1 - استثنى الشافعية من شرط العلم بالعيب العلم بعنّة الزوج، إذ يبقى لها حقّ الخيار حتّى ولو علمت بعنّته قبل العقد لأنّ العنّة تحصل في حقّ امرأة دون أخرى، وفي نكاح دون آخر. راجع: بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 438.

مع اتفاقهم أنّ هذه الفرقة لا تقع إلاّ عند الحاكم أو من ينوبه كالقاضي[1].

- ويرى الأستاذ علي حسب الله أنّ الفسخ قبل الدخول يسقط المهر كلّه أو المتعة على ما رأينا، وبعد الدخول يسقط المتعة ويوجب المهر إذا كان أقل من المسمّى، وبهذا يندفع الضرر عن المرأة من غير عدوان على حقّ الزوج في الطلاق [2].

## المطلب الثاني

## موقف القانون من التطليق للعيب

أخذ المشرّع الجزائري بالمذهب الذي يجيز التفريق بسبب العيوب والأمراض، بحيث صرّح بموقفه هذا في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، التي جاء فيها أنّه يحقّ للزوجة طلب التطليق: « ***للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج*** »[3].

من خلال تحليلنا لهذه الفقرة نستنتج أنّه ليكون العيب أو المرض مبررًا لطلب التطليق، يجب أن تتوافر شروط معيّنة، إلا أنّ هذه العبارة جاءت مبهمة وعامّة دون أيّ تفصيل، لذا نحاول في الفرع الأوّل أن نفصّل نوعًا ما في هذه الشروط، وفي الفرع الثاني نتناول الأحكام المتعلّقة بالتطليق للعيوب، مع إجراء مقارنة بين القانون الجزائري وبعض القوانين الأخرى مع إبداء بعض الاقتراحات في الفرع الثالث.

### الفرع الأوّل

### شـروط التطليق للعيـب

يتضح من نصّ الفقرة التي ذكرناها أنّه لتقبل دعوى التطليق التي ترفعها الزوجة للقاضي يجب توافر شرطين، وهما:

1 - أن تكون الزوجة هي التي رفعت هذه الدعوى دون الزوج.

---

1 - ابن قدامة، المغني، ج6، مرجع سابق، ص 668 – 669.

2 - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين، مرجع سابق، ص 127. انظر كذلك: عبد المومن بلباقي، مرجع سابق، ص 96 و 97.

3 - قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

2 - أن يكون العيب الذي تدعيه من العيوب التي تحول دون تحقّق الهدف من الزواج.

**الشرط الأوّل - أن تُرفع دعوى التطليق من الزوجة:**

منح المشرع الجزائري للزوجة المتضرّرة من عيب أو مرض في زوجها، أو لعلّة من العلل فيه، حقّ رفع دعواها للقاضي لطلب التطليق، دون الرجل، وذلك أخذًا بالمذهب الحنفي الذي أعطى هذا الحقّ للزوجة دون الزوج، مبرّرين ذلك بأنّ الزوج يملك السلطة المطلقة ليطلّقها إذا ما وجد بها عيبًا، ومتى شاء (المادّة 48 من قانون الأسرة الجزائري).

أمّا الزوجة فما دامت لا تملك هذا الحقّ فلها أن تولي أمرها إلى القاضي ليرفع عنها هذا الضرر اللاحق بها من جراء هذه العيوب والأمراض التي في زوجها، والتي لا يمكنها تحمّل المعيشة معه، وخاصّة إذا كانت أمراضًا خطيرة كالأمراض المعدية التي يمكن أن تؤثّر على أفراد العائلة، وتنتقل إلى الأولاد، كالسل والسيدا.

وقد أضاف بعض الفقهاء إلى هذا الشرط ألا يكون في الزوجة عيب، وإلا فلا يمكنها رفع دعوى لتطلب التطليق من الزوج المصاب، إلا أنّ المالكية أجازوا لها ذلك ولو كان فيها عيب هي الأخرى.

**الشرط الثاني - أن يكون من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:**

يلاحظ أنّ هذه العبارة الواردة في الفقرة الثانية من المادّة 53 وردت عامّةً، ممّا أدّى إلى إعطائها مفهومًا واسعًا، فهي لم تحدّد العيوب التي تمكّن الزوجة من طلب التطليق، فنفهم من ذلك أنّه تدخل فيها كلّ الأمراض والعيوب التي يمكن أن تؤثر على الحياة الزوجية وتعكّر صفوها، مهما كان نوعها، سواء كانت جسدية كالجذام والبرص، أو عقلية كالجنون والنوبات، أو تناسلية كالخصاء والعنة والجبّ، أو أيّ مرض أو عيب يمكن أن يؤثّر على المرأة ويجعلها تنفر من هذا الزوج، ولا ترتاح معه نفسيًا، ويمكن في بعض الأحيان أن يؤدي بها إلى التهلكة هي وأولادها مثلما هو حادث في مرض السيدا.

فبغياب السكينة والراحة وعدم تحقيق الأغراض المرجوّة من الزواج يعتبر الضرر متحقّقًا، وبالتالي حقّ للزوجة طلب التطليق على أساسه، وذلك عملاً بقوله تعالى: ﴿ **فإمْساكٌ بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾، وبقول الرسول ﷺ: « ***لا ضرر ولا ضرار*** ».

فالمشرّع إذن منح الزوجة هذا الحق دون حصر العيوب، لأنّه في بعض الأحيان تكون الأمور نسبية تختلف درجة إجازتها والصبر عليها من زوجة لأخرى، وذلك عملاً بما توصّل إليه جمهور الفقهاء أنّه في حقيقة الأمر لا يمكن عدّ كلّ العيوب، بل اكتفوا بتعريفه على أنّه « ***كلّ عيب تتضرّر منه الزوجة بحيث لا تطيق الاستمرار في المعيشة معه بسبب هذا المرض الذي لا يحتمل*** »[1].

فهذا أمر طبيعي، فصحّة جسم الزوج وخلوّه من العيوب التناسلية ليس من الواجب اشتراط خلوّه منها، لأنّه هذا هو الأصل، ولكن إذا ما ظهر العكس ثبت لها حقّ طلب التطليق لرفع الضرر عنها[2].

ولكن بعد رفع الزوجة المتضرّرة دعوى التطليق بسبب تضرّرها من العيب الموجود في الزوج، لا يُحكم لها بذلك مباشرة، بل تكون السلطة التقديرية للقاضي، وذلك طبعًا بالاستعانة بذوي الخبرة في مجال العيوب التي تطلب التطليق من أجلها، فإذا كان المرض تناسليًا تطلّب ذلك إقرار الزوج، فإذا رفض ذلك عليه أن يؤدّي اليمين، لأنّ هذه الأمراض لا يعلم بها إلا الزوجان، أمّا إذا كان التقرير الطبي يثبت ادعاء الزوجة، مع عدم الرجاء في الشفاء، أو انّه يُشفى ولكن بعد مدّة طويلة وجب الحكم لها بذلك.

أمّا إذا كان التقرير يثبت أنّ هذا المرض يحتاج إلى مدّة معقولة في الشفاء رُفضت دعواها وأجبرت على الانتظار والصبر إلى حين شفائه، حفاظًا على الكيان الأسري وعدم الوصول إلى أبغض الحلال إلى ا .

---

1 - ابن قدامة، المغني، ج 6، ، مرجع سابق، ص 666.

2 - ابن قيم الجوزية، واد المعاد، مجلد 2، ج 4، باب العيوب التي يُردّ بها الزوج، مرجع سابق، ص 30.

والشيء المعروف عندنا أنّ الزوجات لا يطلبن الطلاق لأمراض أو عيوب يمكن العيš معها دون أن تنقص من حقوقهن الأساسية المرجوة من الزواج كالعمى أو قطع أحد الأطراف كالرّجل أو اليد، بل نجدهن غالبًا ما يصبرن ويتقاسمن مع الأزواج أعباء الحياة.

بالرغم من أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد أنواع العيوب التي يحقّ معها للزوجة طلب التفريق، وما دام العبارة الواردة هي "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج". وما دام العقم، يعتبر من العيوب التي تحول دون تحقيق استمتاع الطرف الآخر بالبنين الذين هم زينة الحياة، إذ لا يخفى أن لا استمتاع بالحياة الجنسية إذا ما لم تعط ثمارها وهم البنون، فهذه النّعمة يعتبرها البعض الهدف الأساسي من الزواج، فإذا كانت المرأة قد تحققت من عقم زوجها وذلك طبعًا بتقرير طبيب مختص، وانتظرته مدّة طويلة ويئست بعد هذا من إنجاب زوجها، وكانت هي في مقتبل العمر لها القدرة على إنجاب الأولاد، فمن المعقول والمصلحة والضروري أن يمنح لها حق طلب التفريق، وهذا طبعًا للطرفين الزوج والزوجة.

ولو أنّ عقم الزوج أشد أثرًا من عقم الزوجة، إذ الزوج السليم يستطيع أن يتزوج امرأة ثانية دون أن يطلق، فتلد له البنين، أمّا الزوجة فلا تستطيع ذلك، فلهذا تعيّن منحها هذا الحق لرفع الضّرر اللاحق بها، كيلا تبقى محرومة طوال حياتها من عاطفة الأمومة التي منحها إيّاها الله سبحانه وتعالى.

وإذا لم ترض الزوجة العيš مع الزوج العاقر، ورفعت أمرها إلى القضاء تطلب التطليق، يجب على القاضي البحث في مدى توافر كلّ الشروط الموضوعية، قبل أن يحكم لها بذلك، مع مراعاة المدّة التي انتظرتها الزوجة فلا بدّ من إنظاره مدّة طويلة لتتأكد من عدم عقمها مع شهادة طبية تثبت عدم قدرته على الإنجاب وأنّها هي ولود[1].

---

1- راجع: عبد الرحمن الصابوني، ج2، مرجع سابق، ص 672 – 673.

ففي مثل هذه الحالة صدرت هناك قرارات من المحكمة العليا تحكم فيها بالتطليق للزوجة المتضرّرة من إصابة زوجها بالعقم بعد ثبوت ذلك بشهادات طبّية وبمنحه مهلة تثبت عدم رجاء شفائه. ففي القرار المستشهد به هنا حكم للزوجة بالتطليق بعد مدّة 8 سنوات من العيش مع هذا الزوج، وبتوافر هذه المدّة التي انتظرتها الزوجة راجية شفاءه يعتبر قرار المحكمة العليا مطابقًا لأحكام القانون والشريعة، إذ لم يكن فيه أيّ ظلم لهذا الزوج، ما دام شرط إرجائه كان مستوفيًا هنا ولمدّة طويلة تجاوزت السنة التي هي متطلّبة شرعًا، فلو كانت مدّة العشرة مثلاً قصيرة، كان على القاضي منحه مدّة للعلاج يحتسب من تاريخ رفع الدعوى مع بقائها إلى جانبه، فإذا لم ينجب كان عليه الحكم لها بالتطليق، وذلك بالاستعانة بالخبرة الطبّية التي تثبت انّه يحتاج إلى مدّة للعلاج والتأكّد من أنّ الزوجة تنجب[1].

الفرع الثاني

أحكام التطليق بسبب العيوب والأمراض

بعدما تناولنا الشروط الواجب توافرها لقبول دعوى التطليق حسب ما ورد في الفقرة الثانية من المادّة 53 إلا أنّ هناك مسائل يستوجب علينا البحث فيها، ومنها:

**أولا - كيفية إثبات الزوجة دعواها:**

ويكون ذلك ببيّنة أو يمين، وإذا أنكر الزّوج ذلك عليه بالحلف، أمّا إذا أقرّ بذلك واعترف فإنّه يفرّق بينهما، لأنّ الاعتراف سيّد الأدلّة[2].

**ثانيًا – إنظار الزوج المعيب مدّة معيّنة قبل الحكم بالتطليق:**

أغلب العيوب التي ترفع الزّوجة دعوى لتطلب التطليق بسببها، هي عيوب تناسلية لا أمل في شفائها، مثل حالة الجب والعنة والخصاء، لأنّها باعتبارها لا تحقق الغرض من الزواج، (وهو التناسل والتّوالد)، ففي حالة الجبّ لا يكون لها أيّ أمل في شفائه، فلذا

1 - قرار بتاريخ 1999/02/16، متعلّق بالتطليق بسبب: - عقم الزوج، - ثبوت العقم بعد العلاج، - الحكم بالتطليق للزوجة، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ملف رقم 213571، المحكمة العليا، 2001.

2- راجع: بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 437.

بالحكم لها بالتطليق في الحال. أمّا بالنسبة للعنين فيمكن إرجاؤه سنة لرؤية مدى تحسنه مع اشتراط بقاء الزوجة معه[1]، ولكن دور القاضي هنا يكون بالاستعانة بالخبرة الطبية، وإذا تطلب شفاؤها إجراء عملية جراحية لها يأمر القاضي بذلك، لكي يصبح في حالة عادية، وبالتالي يرتفع الضرر عن الزّوجة، ولكن ذلك يتطلب ذلك رضاء الزّوج المعيب إجراء هذه العمليّة. ونفس الحكم يتخذ بالنسبة للعيوب غير التناسليّة مثل الجنون أو الجذام أو البرص أمّا إذا كانت من الأمراض التي تتطلّب مدّة لشفائها منحه مدّة لا تتجاوز سنة، وبعد انقضائها إذا لم تزل العلّة واختارت الزوجة الفراق فرّق بينهما.

**ثالثا – مدى تأثير علم الزوجة بالعيب قبل العقد على حقها في التطليق:**

إذا كانت الزوجة تعلم بهذه العيوب عند العقد، فبالرّغم من أنّ المشرع لم يتناول هذه الحالة، إلا أنّنا نجد أنّ القضاء الجزائري يرى أنّه إذا أعلمت بالعيب عند العقد ورضيت بذلك فليس لها حق في طلب التطليق، إلا إذا أثبتت أنّ الزّوج أخفى عليها تلك العيوب ولم يعلمها بها فإنّه يفرّق بينهما دون التأجيل نتيجة تدليسية.

وكذلك إذا كانت جاهلة بالعيب ثمّ علمت به بعد إبرام العقد ورضيت به، سقط حقّها في طلب التفريق، أمّا إذا لم ترض به فخيار العيب ثابت لها عند الشّافعية على الفور وعند الحنابلة على التراخي، ولا يسقط ما لم يظهر منها ما يدل على الرضا به صراحة، كأن يقول أحد الزوجين: رضيت، أو دلالة وضمنًا كالاستمتاع من الزوج والتمكين من المرأة، لأنّه خيار لطالب الفريق لدفع ضرر متحقّق، فكان على التراخي كخيار العيب في المبيع، ومتى زال العيب قبل التفريق فلا فرقة، لزوال السبب كزوال العيب في المبيع، وهذه الأحكام توافق ما اتفق عليه جمهور الفقهاء.

**رابعًا - حكم العيوب الطارئة بعد الزواج:**

لم يفرق المشرع الجزائري بين العيوب التناسلية التي تكون عند العقد، وبالتالي تمنع الدّخول فهي التي تعطي للمرأة حق طلب التطليق، على أساس الغلط في صفة من الصفات الأساسية في التعاقد، وهذا لأن القدرة على العلاقات الجنسية هي الصفة

---

1 - قرار بتاريخ 1984/11/19 م.ق 89/3، ملف رقم 34784 ص 73.

الأساسية أو الدّافع الأساسي للزواج، فهي تعتبر بمثابة شرط ضمني يجب أن يتوافر في الزّوج، فإذا أخفي هذا العيب ولم تعلم به الزّوجة يحقّ للزّوجة طلب التّطليق ويستجاب لطلبها دون تأجيل[1].

فالمشرع كما قلنا لم يفرق بين هذا العيب الموجود في الزّوج عند العقد والعيب الذي يطرأ بعد العقد، فهنا الأمر متوقف على مدى خطورة هذا العيب أو المرض ومدى قدرة المرأة على التحمل ورضاها به، وإذا رضيت بذلك واستمرت في العيش معه، وهذا الحادث غالبًا بالنسبة للزوجات الكريمات التي لا تنسى فضل الزوج الذي كان يعولها عندما كان معافًى، وهذا طبعًا يكون في الأمراض التي يمكن أن تحدث مثل بتر عضو من أعضائه، أمّا في حالات نادرة وهي إذا كان المرض من الأمراض المنفردة التي لا يمكن أن تستمرّ الحياة الزوجية لخطورة ذلك على العائلة كلّها، أو كان من العيوب التناسلية التي لم تستطع المرأة الصبر معها، فهنا إذا ما رفعت أمرها إلى القاضي، فعليها طبعًا تقديم أدلة تثبت ذلك من شهادات طبية، والقاضي لا يحكم بالتطليق مباشرة، طبقًا لأحكام الشريعة، بل عليه الاستعانة بخبرة المختصين في الميدان سواء في طب الأمراض العضوية أو التناسلية، أو النّفسية أو العقلية، فإذا انتهت الفحوصات إلى أنّه يمكن برؤه، فهنا تعطي له مهلة للمعالجة لا تتجاوز سنة، وبالتالي يرفض طلب الزّوجة للتفريق، وكذلك بالنسبة للعنّة والخصي، حيث جرى القضاء عندنا في الجزائر على أنّه إذا ادعت الزوجة عدم قدرة الزّوج على مباشرتها، فإنّه يعطى لها مهلة سنة، مع بقاء الزّوجة معه إلى حين شفائه، فإذا مضت سنة ولم يشفَ يطلق عليه.

### خامسًا - نوع الفرقة بسبب العيب وأثرها على المهر:

#### 1 – نوع الفرقة:

فكما لاحظنا في نص المادّة 2/53 لم يوضح المشرع الجزائري حكم الطلاق للعيب، فمن الواجب الأخذ برأي المذهب المالكي في هذا الموضوع، حيث يرون أنّه

---

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص 524.

التطليق للعيب هو طلاق بائن باعتباره المذهب المالكي هو مصدر أغلب مواد قانون الأسرة الجزائري.

**2 – أثر التفريق بالعيب على المهر:**

إذا أخذنا برأي المالكية في هذا المجال فمعنى ذلك أنّه إذا كان التّفريق قبل الدّخول ولو وقع بلفظ طلاق، فلا شيء للمرأة من المهر، لأنّ العيب إذا كان بالرجل، فقد اختارت فراقه قبل قضاء مأربها، وكانت راضية بسقوط حقها في المهر، وإن كان العيب بالمرأة فتكون غارّة للرجل مدلسة عليه [1].

وإن كان التفريق بعد الدّخول، استحقت المهر كلّه إن كان العيب في الزّوج، لأنّه يكون غارًا للزوجة ومدلسًا عليها، ثمّ إنّه قد دخل بها، والدّخول بالمرأة يوجب المهر كلّه، وإن كان العيب في الزّوجة استحقت المهر كلّه بسبب الدّخول، لكن يرجع الزّوج بالمهر على وليها لتدليسه بالكتمان، إن كان قريبًا يعلم بالعيب، وكان العيب ظاهرًا كالجذام والبرص، أما إن لم يكن كذلك فيرجع عليها هي وحدها.

وهذه الأحكام الناتجة عن التفريق، بسبب العيب كان من المستحسن توضيحها من المشرع وذلك لتفادي الإشكال الذي يحدث في مثل هذه القضايا.

الفرع الثالث

مقارنة بين القانون الجزائري وبعض القوانين الأخرى

منحت أغلب القوانين العربية الزوجة المتضرّرة من مرض أو عيب في الزوج، والتي لا يمكنها الاستمرار في العيش معه أن تطلب التطليق، وهذا ما سنراه من خلال النصوص التالية:

**أولا – النصوص القانونية:**

**1 - في القانون المصري:**

**المادّة 9:** للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبًا مستحكمًا لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلاّ

1- الدردير، الشرح الصغير، ج 2، مرجع سابق، ص 134.

بضرر كالجنون والجذام والبرص، سواء أكان ذلك العيب بالزّوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحةً أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التّفريق[1].

**المادّة 10:** الفرقة بالعيب طلاق بائن.

**المادّة 11:** يُستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها:

**2 – في القانون السوري:**

**المادّة 105 من الفصل الأوّل من الباب الثالث:** « للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

1 - إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدّخول بشرط سلامتها هي منها ».

2 – إذا جنّ الزوج بعد العقد.

**المادّة 106 ف 1**: يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبّينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده.

3 - على أن حقّ التفريق بسبب العنّة لا يسقط بحال.

**المادّة 107:** إذا كانت العلل المذكورة في المادة غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزّوجين في الحال، وإذا كان زواجهما ممكنًا يؤجل الدّعوى مدّة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإذا لم تزل العلّة يفرق بينهما.

**المادّة 108:** التفريق للعلّة طلاق بائن[2].

**3 – في القانون التونسي:**

لا نص للتفريق بسبب العيوب والأمراض في قانون الأحوال الشّخصية في تونس رغم أنّ أكثرهم من المذهب المالكي باعتبار أنّ جميع حالات التّفريق مردّها تقدير القاضي[1].

---

1 - القانون المصري، مرجع سابق.

2 - القانون السوري، مرجع سابق.

**4 – في القانون المغربي:**

**الفصل الرابع والخمسون من الباب الثاني:** التطليق للعيب.

1 - إذا وجدت الزّوجة بزوجها عيبًا مستحكمًا لا يمكن البرء منه، أو يمكن بعد مدّة زمنيّة تزيد عن سنة، ولا يمكنها المقام معه إلاّ بضرر كالجنون والجذام والبرص والسلّ، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد ولم ترض به، ويؤجّله القاضي سنة فإن برئ، وإلا طلّقها عليه.

2 - يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يرجى برؤها.

3 – إذا تزوّجته عالمة بالعيب، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحةً أو دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطليق لأجله.

4 – إذا كان بالزّوجة عيب كالجنون والجذام والبرص والسل وداء الفرج المانع من الوطء أو لذته وعلم الزّوج به قبل الدّخول فله الخيار، إن شاء طلّق ولا شيء عليه وإن شاء دخل ولزمه الصداق كاملا، فإن لم يعلم إلاّ بعد الدّخول أبقى عليها إن شاء، وإن شاء ردّها، واستردّ ما زاد على أقل المهر عرفًا منها إن كانت هي التي غرته، وإن كان الغار وليها رجع عليه بما دفعه.

5 – يستعان بأهل الخبرة والأطباء في معرفة العيب.

**الفصل الخامس والخمسون:** الطلاق الذي يوقعه القاضي لعلّة من العلل المذكورة في الفصل السابق طلاق بائن[2].

**ثانيًا – المقارنة:**

بعد اطلاعنا على هذه النصوص يمكننا أن نخلص إلى ما يأتي:

1 - إنّ القانون الجزائري وأغلب التشريعات العربية خصت حق طلب التفريق بسبب العيب للزوجة دون الزوج إلاّ القانون المغربي فاعتبر هذا الحق أي طلب

1 - القانون التونسي، مرجع سابق.

2 - القانون المغربي، مرجع سابق.

التفريق للعلل والأمراض حقًا مشتركًا بين الزّوجين، وذلك حسب المذاهب الثلاثة الحنبلي والمالكي والشافعي.

فالقانون الجزائري إذن قد وافق الحنفية في جعله حق الخيار بالعيب للزوجة دون الزوج، فقد أخذ بالمرجوح من الأقوال باعتبار أنّ الضرر إذا حدث لا بدّ من إزالته، لأنّ الضرر يزال.

كما أنّ القانون الجزائري لم يتعرّض للعيوب التي يُضرب لها أجل ممّا يرجى برؤه من العيوب. وقد رأينا اتفاق الفقهاء في تأجيل العنين حتّى يشفى، وكذلك الأمراض التي يرجى شفاؤها وهذا ما أخذ به القانون المغربي ونص على في الفقرة الأولى من الفصل الرابع والخمسين (ومدّتها سنة) وكذلك القانون السوري حدّدها بسنة في المادّة 107 منه.

إنّ بعض القوانين كالقانون السّوري قصرت التفريق على العيوب الجنسية والجنون، ولم تذكر بقية العيوب كالأمراض السارية أو المنفرة، وهذا لا محلّ له، لأنّ الضّرر اللاحق من جرّاء الأمراض المعدية والمنفرة للنفس لا تقلّ أهمّيتها عن الأمراض الجنسية، إنّ حصر العيوب بالعدد لا مبرر له، بل من الأحسن، أن ينص على مبادئ عامّة في العلل والأمراض.

وأحسن المشرع الجزائري فعلاً عندما لم يحصر تلك العيوب بل جاء بعبارة عامّة تدخل تحتها كلّ العيوب والعلل التي تؤدي إلى عدم تحقيق الغرض من الزّواج.

إنّ المشرع الجزائري لم ينص على وجوب استعانة القاضي بالخبرة الطبّية، وهذا على خلاف القانونين المصري والمغربي، إذ نصا على ذلك في المادّة 16 من القانون المصري، والفصل الرابع والخمسين فقرة 5 من القانون المغربي.

إلاّ أنّ الاجتهاد القضائي قد أقرّ الاستعانة بالخبرة الطبية وخاصة في عيوب الفرج، وأقرّ أنّ « ***عيوب الفرج ليست كلها موجبة للطلاق بمجرد الادعاء بها بل لا***

***بدّ من معرفة مصيرها ومدى قابلية العيب للعلاج، وفي هذه الحالة لا بدّ من ضرب أجل للمصاب بها لمعالجتها »***[1].

كما أنّ المشرع الجزائري لم يفرق بين العيوب التي هي موجودة عند العقد والتي وجدت بعد العقد والتي تعلم والتي لم تعلم بها والتي علمت بها ورضيت بها.

وهذا ما نصّ عليه صراحة القانون المصري في المادة 9، فهو يعطي للزوجة هذا الحق بشرط عدم علمها به (إذا كان العيب موجودًا قبل العقد وعدم رضاها به إذا وجد بعد العقد). أمّا إذا علمت به أو حدث بعد العقد ورضيت به سقط حقها في طلب التفريق. والحكم نفسه جاء واضحًا في المادّة 106 من القانون السوري، وكذلك القانون المغربي في الفقرة 3 من الفصل الرابع والخمسين.

**ثالثا - مناقشة القانون الجزائري:**

من خلال تحليلنا للمادّة 2/53 نلاحظ ما يلي:

عدم تحديد العيوب والعلل، فقد جاءت بعبارة عامّة، فهو أحسن فعلاً، إذ ذلك يخدم المجتمع أكثر، ويحقق العدالة أكثر لأنّ العيوب كثيرة لا يمكن حصرها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يعتبر الأمر نسبيًا، إذ يمكن لأيّ خلل أو عيب في الزوج أن تراه زوجة عيبًا لا يمكنها تحمّله، وتراه زوجة ثانية أمرًا عاديًا يمكنها العيش مع هذا الزوج بصفة جدّ عادية. فالمشرّع راعى كذلك حرية المرأة في ممارسة هذا الحق، أي التطليق، فلها ذلك إن رأت هذا العيب الموجود في الزوج قد تتضرّر منه كثيرًا إلى درجة أنّه يمنعها من تحقيق الهدف المرجو من الزّواج، لأنّ ذلك يمسّ بحقّ أساسي من حقوقها في الاستمتاع أو العيش الهنيء، أو التمتّع بالذرية...الخ. وذلك أخذًا برأي بعض الفقهاء الذين يرون عدم تحديد العيوب لأنّ ذلك من غير الممكن، بل أعطوه تعريفًا عامًا، وهو كلّ عيب لا يمكن للزوجة تحمّل الاستمرار في العيش معه.

---

1 - قرار رقم 32 مؤرخ في 1982/02/08 ن ق، عدد خاص، 1982، ص 254، ملف رقم 213571 قرار بتاريخ 1999/02/16.

كما أنّه لم يكن على المشرع الجزائري أن يخصص هذا الحق للزوجة دون الزوج، بل كان عليه أن يعطي هذا الحق للزوج والزوجة على السواء، إذا ما وجد أيّ من الطرفين عيبًا في الآخر، ولو أنّنا نعرف أنّ للزوج حقّ الطلاق بالإرادة المنفردة (كما برّره بعض الفقهاء)، إلا أنّه ليس من العدل أنّه يهدر حقّ الزوج الذي أغرّ به مثلاً وليّ الزوجة العالم بالعيب الموجود بالبنت أنّه يفقد المهر زيادة على الطلاق، وذلك تطبيقًا لقاعدة "الضرر يزال"، فلهذا يجب أن يكون للزوج كذلك حقّ الخيار للعيب. ويؤخذ على المشرّع الجزائري أنّه لم يوضّح العيوب التي يضرب لها أجل ممّا يُرجى برؤه من العيوب، كما في حالة العنين، وهناك بعض الأمراض، وخاصّة أنّه مع التقدّم العلمي الكبير في مجال الطبّ، فإنّ نسبة الأمل كثيرة في شفاء بعضها، وكانت من قبل ميئوسًا من شفائها مثل السلّ والعقم.

فالمشرّع الجزائري بذكره عبارة "العيوب التي تحول دون تحقيق الغرض من الزواج" لم يفرّق بين العيوب الميئوس من شفائها، والتي لا يمكن أن تزول إلا بعد مدّة طويلة، أو التي يمكن شفاؤها بعد مدّة معقولة، إذ يمكن أن يتحقّق الشرط في عيوب هذه السنة، ولكن لا تتحقّق فيها هذه الصفات بعد سنة لتقدّم العلم في مجال الطبّ الذي يقدّم لنا اكتشافات جديدة كلّ يوم.

كما أنّه لم يبيّن إذا كان التفريق بالعيب قبل العقد وبعده أم قبله فقط.

كما لم يوضّح الشروط التي تخوّل للمرأة حقّ طلب التفريق (مثلما حدّدها فقهاء الشريعة).

كما لم يحدّد نوع الفرقة للعيب: أهي فسخ أم طلاق، وكان عليه أن يوضّح ذلك لأنّ لكلّ نوع أحكامه الخاصّة به. فالمشرّع الجزائري ترك الأمر غامضًا عندما نصّ أنّ ما يوقع القاضي من طلاق طبقًا للمادّة 53 يكون طلاقًا فقد جاء في المادّة 48 « ***أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادّتين 53 و 54 من هذا القانون*** »، ولكن لم يوضّح ما إذا كان الطلاق بائنًا أم رجعيًا، غير أنّه يُستفاد من نصّ المادّة 50 أنّ الطلاق إذا صدر بشأنه حكم فهو بائن، سواء أكان الأوّل أو الثاني، رغم أنّ الطلاق يكون رجعيًا إلا إذا ورد نصّ من الشارع الحكيم باعتباره المصدر الأساسي، وليس له

ما يبرّر ذلك سوى تعقيد الأمور على المطلّق للتقليل من وقوعه، إلا أنّه كان من المستحسن تحديد الأمر بوضوح[1].

فبذا نقترح على المشرّع أن يصيغ هذه الفقرة كالتالي:

- يجوز لكلا الزوجين طلب التطليق لعلّة في الآخر أو مرض لا يُرجى برؤه، أو يرجى برؤه بعد مدّة طويلة.

- إذا كان العيب قبل الزواج ولم يعلم به، أمّا إذا كان يعلم به ورضي به فليس له الخيار.

- إذا ارتأى القاضي من التقرير الطّبي أنّه لا يُرجى برؤه يمنΩ للمريض مدّة سنة. تكون الفرقة بالعيب طلاقًا بائنًا.

- وللزوجة المهر بعد الدخول إن كان التغرير من جهته. أمّا إذا كان التغرير من جهتها فلها المهر وللزوج الرجوع على من غرّر به إذا كان يغلب الظنّ أنّه كان عالمًا بذلك العيب.

---

1 - المادّة 50 من الأمر رقم 84-11 ، ق.أ.ج، تنصّ على ما يلي: « ***من راجع زوجته أثناb محاولة الصلη لا يحتاج إلĂ عقد جديدΛ ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلĂ عقد جديد*** ».

## المبحث الثاني

## التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

من بين أسباب التطليق التي تضمّنتها المادّة 53 من قانون الأسرة الجزائري نجد الفقرة الثالثة منها نصّت على حالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، وحدّدت المدّة القصوى التي لا يقرب فيها الزوج زوجته بأربعة أشهر، وهذا ما يُعرف في لغة الفقه الإسلامي بالإيلاء، وذلك سواء حلف الزوج أم لم يحلف، إذ بمجرّد أنّه ترك المضجع طوال هذه المدّة وأصرّ على ذلك طلّق عليه القاضي بناء على طلب الزوجة، ولكن هذا ما لم يكن له عذر شرعي لمرض مثلاً أو لكون زوجته ترضع[1].

فلهذا نتناول هذا السبب من كلّ جوانبه سواء الفقهي أو القانوني أو القضائي، وذلك عن طريق تأصيله من الناحية الفقهية أولاً، وهو ما يُعرف بالإيلاء، وذلك في المطلب الأوّل، وبعد ذلك نتناوله من الناحية القانونية والقضائية، مع إجراء مقارنة مع بعض التشريعات الأخرى، وذلك في المطلب الثاني.

### المطلب الأوّل

### التطليق للإيلاء والظهار

يعتبر كلّ من الظهار والإيلاء سببًا من أسباب التفريق بين الزوجين، ووجه الشبه بينهما هو أنّ كلاً منهما يمين تمنع الوطء وترفع منعه الكفارة، فبالرغم من أنّهما يختلفان من حيث الشروط والأحكام، إلا أنّه قد يحدث تداخل فيما بينهما، وذلك إذا تجاوز الظهار مدّة أربعة أشهر مع تعمّد الزوج عدم التكفير، فلها أن ترفع أمرها للقاضي ليرفع عنها الضرر، وسنتناول كلاً من هذين السببين مخصّصين في ذلك الفرع الأوّل للتفريق بالإيلاء، والفرع الثاني للتفريق بسبب الظهار.

#### الفرع الأوّل

---

1 - قال ابن عبّاس وعليّ رضي الله عنهما: لو حلف ألا يقربها لأجل الرضاع لم يكن موليًا لأنّه قصد صحيح لا إضرار فيه. انظر أحكام القرآن لابن العربي، ج 1، ص 177، نقلاً عن: عبد المومن بلباقي، مرجع سابق، هامش ص 147.

التطليق للإيــلاء

**أولا - تعريف الإيلاء:**

**الإيلاء لغة:** هو الحلف من آلى، يولي، إيلاء[1]. **واصطلاحًا**: هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر، أو أربعة أشهر وأكثر بالله أو بصفة من صفاته أو تعليق القربان على ما يشقّ، إذ عرّفه كمال الدين ابن الهمام في فتح القدير بأنّه الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدًا بالله أو بتعليق القربان على ما يشقّ[2]. وصفته تكون على أن يحلف الرجل على أن لا يطـأ زوجته مـدّة معيّنة كأن يقـول: « والله لا أطأك ولا أقربك خمسة أشهر »، فبذلك يعدّ موليًا ».

وأصل الإيلاء قوله تعالى: ﴿ **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ۞ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾ [3].

كان الإيلاء في الجاهلية نوعًا من الإساءة إلى المرأة، إذ كان يدوم هجر الرجل لزوجته سنة أو سنتين[4]، فجاء الإسلام بمعالجة هذا الوضع، ورفع الظلم عن المرأة، إذ أعطى للزوج المولي مهلة طالبه من خلالها بالرجوع عمّا حلف أو الطلاق، ولكن الإشكال المطروح هنا، والذي كان محلّ نقاش الفقهاء هو هل يقع الطلاق بمضيّ مدّة أربعة أشهر، أم لا يقع إلا بعد الوقف، فإمّا أن يفيء أو يطلّق، فإن أبى طلّق عليه القاضي.

**ثانيًا – كيفية التطليق للإيلاء:**

اختلف الفقهاء في طريقة التفريق بين الزوجين للإيلاء وفي وصفه، فورد في ذلك رأيان، والسبب في ذلك هو اختلافهم في تفسير الآية الكريمة المذكورة الخاصّة للإيلاء، لذا سنتناول كلاً من هذين الرأيين:

**الرأي الأوّل:** يرى أبو حنيفة وأصحابه والثوري أنّه يجب أن ينتظر المولي، أي يمنح له مهلة أربعة أشهر، فإن فاء خلالها فهي زوجته، وإن لم يفيء حتّى مضت

1 - لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، المجلّد الأوّل، مادّة (ألا) ص 142؛ مختار الصحاح، ص 34.

2 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 342.

3 - سورة البقرة، الآيتان: 226 و 227.

4 - د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 7، ص 535. بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 414.

الأربعة أشهر طلّقت عليه امرأته بطلقة بائنة دون الحاجة لرفع الأمر إلى القاضي، كجزاء على ظلمه ورحمة بالمرأة، ونظرًا لمصلحتها بتخليصها منه لتتمكّن من إيفاء حقّها من زوج آخر[1] ولا تبقى كالمعلّقة.

ودليلهم في ذلك تفسيرهم للآية الكريمة: ﴿ ... **فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ۝ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾[2]، فهم يفسّرونه: فإن فاءوا في هذه الأشهر فإنّ ا غفور رحيم بما أقدموا عليه من الحلف على الإضرار بالزوجة، وإن لم يفيئوا في هذه الأشهر واستمرّوا في إيلائهم كان ذلك عزمًا منهم على الطلاق، ويقع الطلاق بحكم الشرع، فبذلك تكون النتيجة: إذا مضت مدّة أربعة اشهر دون فيئة وقع الطلاق، وقدّر هذا الطلاق عند الحنفية ما عدا زفر: أنّ الطلاق يتبع المدّة لا اليمين، فيكون واحدًا باتحاد المدّة، ويعدّد بتعدّدها، فإذا قال الرجل لامرأته: وا لا أقربك أو لا أقربك أربعة أشهر فإن كان الحلف على مدّة الإيلاء أربعة أشهر فقط فقد سقطت اليمين لأنّها كانت مؤقّتة بوقت ترتفع بمضيّه، أمّا إذا كان قد حلف للأبد فاليمين باقية بعد البينونة لعدم الحنث، فإن عاد إليها وتزوّجها ثانية، عاد الإيلاء لأنّ زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها، فإن وطئها حنث في يمينه ولزمته الكفّارة وسقط الإيلاء لأنّه يرتفع بالحنث، وإن لم يطأها وقعت بمضيّ أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى، لأنّ بالتزوّج ثبت حقّها فيتحقّق الظلم، فيعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج، فإن عاد إليها وتزوّجها ثالثًا عاد الإيلاء ووقع بمضيّ أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى ببقاء طلاق ذلك الملك ببقاء المحلّية، فإن عاد فتزوّجها رابعًا بعد حلّها بتزوّج زوج آخر، لم يقع الإيلاء طلاقًا لزوال طلاق ذلك الملك بزوال المحلّية، ولكن اليمين باقية لعدم الحنث، فإن وطئها كفّر عن يمينه لوجود الحنث[3].

ودليل جمهور الحنفية أنّ سبب اعتبار الإيلاء يمينًا هو منع حقّ المرأة في الجماع في المدّة، والمنع يتحد باتحاد المدّة، فيتحد الظلم، فيتحد الطلاق ويتعدّد بتعدّد المدّة،

---

1 - علي حسب ا ، مرجع سابق، ص 158.

2 - سورة البقرة، الآيتان: 226 و 227.

3 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 7، ص 547.

فيتعدّد الظلم فيتعدّد الطلاق، وأمّا الكفّارة فتجب لهتك حرمة اسم الله عزّ وجلّ، والعتك يتحد ويتعدّد بحسب اتحاد الاسم وتعدّده.

**الرأي الثاني:** وتبنّى هذا الرأي جمهور الفقهاء، إذ ذهب المالكية[1] في مشهور مذهبهم والشافعيّة في الجديد ورواية لدى الحنابلة[2] إلى القول بتطليق الحاكم على الزوج إذا ما رفض الفيء والطلاق، أي أنّه لا يقع الطلاق بمجرّد مضيّ أربعة أشهر، بل يوقف ويؤمر إمّا بالفيء أو الطلاق.

أمّا الظاهرية[3]، وقديم قول الشافعي فيرون أنّ الحاكم لا يفرّق بينهما، وإنّما يأمره بالفيء أو الطلاق، فإن فعل فبها ونعمت، وإلا حبسه وضيّق عليه حتّى يفيء أو يطلّق، وأدلّتهم في ذلك تفسيره لقوله تعالى في كتابه الكريم فإنْ فاؤوا (بعد مضيّ المدّة) فإنّ الله غفور رحيم، لما حدث منهم من اليمين وعزم الظلم بالمرأة، فإن عزموا الطلاق بعد انقضاء المدّة، فإنّ الله سميع لطلاقهم عليم بما يصدر عنهم من خير أو شرّ، فيجازيهم عليه، فالنتيجة أنّ مضيّ الأجل لا يقع به الطلاق، وإنّما يُعرض الأمر على الحاكم، فيأمره إمّا الفيء أو الطلاق. فإذا ما كان عاجزًا عن قربانها تكون الفيئة بالقول، فإذا ما زال العجز بعد الفيء بالقول تعيّن الفيء بالقربان، وإذا أفاء بالقول لا يعدّ حانثًا في يمينه، فلا تجب كفّارة، ولا يجب الأمر المعلّق عليه، لأنّ الحاف على القربان، ولم يقع، وإنّما اعتبر الفيء بالقول لأنّ وقوع الطلاق منع ظلمها، وعند العجز يكفي رفع الظلم بالقول، لأنّه لا يستطيع سواه.

فالحنفية – كما رأينا – نظروا لقوله تعالى: ﴿ **وإن عزموا الطلاق** ﴾ بترك الفئة، أمّا الجمهور فنظروا لقوله تعالى ﴿ فإن فاءوا ﴾ بعد انقضاء المدّة، والراجح لدى رأي الجمهور: لو وقع الطلاق بانقضاء المدّة لما كان هناك حاجة للعزم عليه بعد وقوعه،

---

1 - مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 340. الدردير، الشرح الصغير، ج 2، ص 182. ابن رشد، مرجع سابق، 171/2. زاد المعاد، ج 4، مجلد 2، مرجع سابق، ص 91.
2 - ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 319.
3 - ابن حزم، المحلى، ج 11، مرجع سابق، ص 240.

لأنّه في إعطاء المهلة للرجل لمراجعة نفسه، وإدراك خطئه خير من إيقاع الطلاق وإنهاء الزواج.

**ثالثًا - مناقشة وترجيح (الرأي الشخصي):**

رأينا أنّ سبب الخلاف بين الرأيين (الحنفية وجمهور الفقهاء) كان في تفسير المقصود من قوله تعالى، فالمعنى عند الحنفية فإن فاءوا في هذه الأشهر فإنّ ا غفور رحيم، لما أقدموا عليه من الحلف للإضرار بالزوجة، وإن لم يفيئوا في هذه الأشهر كان ذلك عزمًا منهم على الطلاق، ويقع الطلاق بحكم الشرع، أمّا عند الجمهور للذين يحلفون يمين الإيلاء انتظار أربعة أشهر، فإن فاءوا بعد مضيّ هذه المدّة فإنّ ا غفور رحيم[1]، لما حدث منهم من اليمين وعزم الظلم للمرأة، وإن عزموا الطلاق بعد انقضاء المدّة فإنّ ا سمع لطلاقهم، أي أنّ الطلاق لا يقع بمجرّد مضيّ المدّة، وإنّما يعرض الأمر على الحاكم، فيأمره إمّا بالفيء أو الطلاق، وهذا ما يراه الأستاذ علي حسب ا من أنّ التشريع في هذا المقام يرمي إلى رفع الضرر عن المرأة، مع المحافظة على الزوجية ما أمكن، ولا شكّ أنّ فتح باب الكلام مع الزوج عقب انتهاء المدّة أنفع للمرأة، وأدعى إلى إبقاء الزوجية من إيقاع الطلاق بمضيّها، وهذا ما يرجّح رأي الأئمّة الثلاثة في رأينا[2].

وأنا بدوري أجد أن الرأي الثاني هو الأصوب والأكثر خدمة لمصلحة الزوجين، لأنّه يعمل قدر الإمكان على إبقاء الحياة الزوجية قائمة، وخاصّة إذا كان هناك أولاد ثمرة هذا الزواج.

**رابعًا - نوع الفرقة التي تقع بالإيلاء:**

يرى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية أنّه طلاق رجعي، واعتمدوا على أنّ الأصل في أيّ طلاق وقع بالشرع أنّه يُحمل على أنّه رجعي إلى أن يقوم الدليل على

---

1 - والفيء إلى الزوجة يكون بقربانها، وإن كان الفيء وجبت كفارة اليمين وأوجب المعلّق عليه إن لم يكن موليًا بيمين، ولا يقع طلاق ، ومدّة الفيء هي أربعة أشهر. ويصحّ الفيء بالقول إذا كان عاجزًا عن الوطء لمانع ما.

2 - علي حسب ا ، مرجع سابق، ص 160.

أنّه بائن[1]، أمّا الحنفيّة، ورواية عند الحنابلة فاعتبروه طلاقًا بائنًا حتّى لإزال الضرر، وفي رواية عند الحنابلة أنّه يرجع ذلك إلى القاضي فما يراه مناسبًا للحال أوقعه إمّا رجعيًا وإمّا فسخًا وإمّا بائنًا[2]، إذ يرى أنّه بعد الوقف إن أبى الزوج الفيء وأوقع الطلاق، فهو طلاق رجعي، ولا تصحّ المراجعة إن نوى الإضرار بالزوجة، فإن أبى الطلاق والفيء طلّق عليه القاضي، أمّا إذا نوى الفيء مكّنه القاضي من المراجعة إذا أراد الإصلاح، وللقاضي أن يمنعه من المراجعة إن نوى الإضرار بالزوجة، أي ذلك يرجع إلى تقدير القاضي، ولا يحكم القاضي إلا بشروط[3]:

أ – أن تمضي مدّة أربعة أشهر، وابتداؤها من يوم اليمين.

ب – أن لا يكون بالزوجة عذر يمنع الوطء، وعلى الزوج في هذا الحالة أن يفي باللسان، فإن زال العذر فلا بدّ من الوطء وإلا رفعته إلى القاضي.

جـ - الحكم به عند القاضي، ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا إذا أبى الزوج الفيء أو الطلاق، فإن رضيت بالمقام معه فليس للقاضي أن يطلّق، ولها أن توقفه في أيّ وقت تشاء، لأنّه حقّ متجدّد، فتجدّد المطالبة به.

والعدّة بعد الإيلاء – حسب ما أجمع عليه الفقهاء – فإنّ زوجة المولى منها تلزمها العدّة بعد الفرقة، لأنّها مطلّقة، ويجب أن تعتدّ كسائر المطلّقات، إذ قال جابر بن زيد، وهو مروي عن ابن عبّاس: « ***لا تلزمها عدّة إذا كانت قد حاضت في مدّة الأربعة أشهر ثلاث حيضات، لأنّ العدّة إنّما وضعت لبراءة الرحم، وهذه قد حصلت لها البراءة*** ».

---

1 - ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 171. مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 340.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 565.

3 - الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3.

## الفرع الثاني
## التطليق بالظهار

**أولا - تعريف الظهار:**

**الظهار لغة:** مصدره ظاهر، نقول: ظاهر فلانًا إذا جعل ظهره قبالة ظهره، ويقال ظاهر الرجل من امرأته إذا قال لها: أنت عليّ كظهر أمّي[1]. فالمراد به هو تحريم المرأة وإبعادها.

أما **اصطلاحًا** فهو تشبيه الرجل امرأته بعضو يحرّم النظر إليه من أمّه أو من غيرها ممّن يحرّم عليه على التأبيد، قصدًا إلى حرمانها من متعة الزوجية ابدًا[2]. فكان الظهار سابقًا صورة من صور الإيذاء يوقعه الرجل بامرأته حتّى يتركها كالمعلّقة لا هي متزوّجة ولا مطلّقة، إلا أنّه بعد مجيء الإسلام حرّمه الله تعالى على عباده، إذ وصفه بأنّه منكر من القول وزور، ثمّ عاقب مرتكبه وحرّم عليه قربان امرأته حتّى يكفّر بما يستطيع من الكفّارات الثلاث، وهي: إمّا عتق رقبة، وإن لم يستطع فصيام شهرين متتابعين، وإن لم يستطع فبإطعام ستين مسكينًا، وكجزاء له لم يعد هذا القول الذي وصفه بالمنكر من القول والزور طلاقًا، والأصل في ذلك لما جاء في قوله تعالى: ﴿ **الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلا اللائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ۞ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۞ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۞** ﴾[3].

فللظهار شروط وأحكام اختلفت الآراء الفقهية في تحديدها، إلا أنّ السؤال الذي يطرح نفسه هنا، والذي يخدم أكثر مجال بحثنا هذا هو: ما هو الضرر الذي يعطي للزوجة حقّ طلب التفريق بسبب الظهار؟

**ثانيًا – أساس منح الزوجة حقّ التطليق بسبب الظهار:**

---

1 - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مادة (ظ. هـ. ر)، ص 173. انظر أيضًا: ابن منظور، مرجع سابق، قسم (ظ هـ ر)، المجلد 9، ج 9، ص 203.

2 - علي حسب الله، مرجع سابق، ص 163.

3 - سورة المجادلة، الآيات 2-4.

اختلفت الآراء الفقهية في هذا الموضوع، إذ ورد ذلك في قولين: ولكلّ واحد منهما أدلّته وحججه للاستدلال بها، فلذا سنتعرّض إلى كلّ واحد منها:

**الرأي الأوّل:** يتبنّاه المالكية والحنابلة وبعض الشافعيّة والحنفية والإمامية، ومدلوله بأنّ المرأة المظاهر منها إذا رفعت أمرها إلى القاضي بعد مضيّ أربعة أشهر فعلى الحاكم أن يأمره بالتكفير والرجوع إلى زوجته فإن فعل فقد انتهى حكم الظهار، أمّا إذا امتنع فللقاضي أن يطلّق عليه، وبهذا قال المالكية والحنابلة وبعض الشافعية، وذهب بعض الحنفية والإمامية إلى أنّه للقاضي أن يحبس الزوج إذا امتنع عن التكفير والرجوع إلى ما ظاهر منه، ويضيّق عليه حتّى يكفّر أو يفيء أو يطلّق، ولا يطلّق عليه القاضي[1].

**الرأي الثاني:** وتبنّاه الإمام الشافعي وجمهور الحنفية، وهو يقضي بأنّه إذا ظاهر الزوج من امرأته، ثمّ تركها أكثر من أربعة أشهر فلا يطبّق عليه حكم الإيلاء، ولا يوقف، فبهذا إذن نجد أنّ سبب الخلاف بين الرأيين، كما جاء في قول ابن رشد هو « ***مراعاة المعنى واعتبار الظاهر، فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان، ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان إذا كان قصد الضرر*** »[2].

بعد استدراجنا إلى كلّ من الرأيين وإلى الأدلّة التي استدلّوا بها إلا أنّه مراعاة لقوله تعالى: ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾، وقوله كذلك: ﴿ **وعاشروهنّ بالمعروف** ﴾، فالمظاهر الذي لا يكفّر ويترك زوجته بلا مضاجعة لمدّة تزيد على أربعة أشهر لا يعدّ ممسكًا بمعروف، فلذا يتعيّن عليه التسريح بإحسان لوضع حدّ لتعنّته وظلمه، وذلك عن طريق تدخّل القاضي إذا ما رفعت الزوجة أمرها له طالبة رفع الظلم والضرر عنها لأنّه متى وقع الضرر فعلاً وجبت إزالته، ولا شكّ أنّ ترك الوطء بدون عذر لمدّة أكثر من أربعة أشهر، يعدّ إضرارًا بالمرأة، وهو معتبر شرعًا قياسًا على الإيلاء، فلذا يكون لامرأة المظاهر رفع أمرها للقاضي، وبعد مضيّ الأربعة اشهر يوقفه أو يأمره بالتكفير والفيء، فإن أبى أجبره القاضي على التكفير بكلّ ما يملك من

1 - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج 4، مجلد 2، مرجع سابق، ص 163.

2 - ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 170. ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 337.

وسائل التأديب والعقوبة، وإلا أجبره على الطلاق، إن طلبته الزوجة، فإن أبى طلّق عليه القاضي، فلو ادّعى أنّه كفّر صدّق في دعواه ما لم يكن معروفًا بالكذب، وفي كلّ طلاق يوقعه القاضي إنّما يكون فسخًا حتّى تبقى استقلالية الزوج التي خصّه ا بها بالطلاق قائمة، وللقاضي أن يأذن له بالمراجعة إن كفّر ونوى الفيء، وإلا فلا قياس على الإيلاء على ما عليه بعض الحنابلة والمالكية.

الفرع الثالث

ثبوت حقّ الزوجة في التفريق من غير إيلاء ولا ظهار

رأينا في الفرعين السابقين الحالتين اللتين يمكن أن تضار فيهما الزوجة من عدم حصولها على حقّها في الوطء، وهما: الإيلاء والظهار. والسؤال الذي نطرحه هنا: هل يمكن أن يثبت للزوجة الحقّ في التفريق إذا ما هجرها الزوج في الفراش دون أن يحلف، مثلما رأينا بالنسبة للإيلاء.

اختلفت آراء العلماء حول الحكم في هذه الحالة، فالرأي الأوّل يشترط حصول اليمين من طرف الزوج لكي يكون موليًا، أمّا الرأي الثاني فيرى تطبيق أحكام الإيلاء عليه بالرغم من عدم صدور اليمين.

حيث يرى جمهور الفقهاء من غير مالك أنّه لا يلزمه حكم الإيلاء بغير اليمين، فإذا ما ترك الوطء دون حصول الحلف فلا نكون بصدد الإيلاء. إذ جاء في مغني المحتاج: « ***لو امتنع بلا يمين لا يكون موليًا*** »، أمّا مالك فيلزمه، أي حكم الإيلاء، ولكن يشترط أن يكون قد قصد الإضرار بترك الوطء، ولو لم يحلف على ذلك. فالجمهور اعتمد الظاهر، ومالك اعتمد المعنى، لأنّ الحكم إنّما لزمه باعتقاده ترك الوطء، وسواء أكّد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين، لأنّ الضرر موجود في الحالتين.

## المطلب الثاني

## موقف القانون من التفريق للهجر في المضجع

نصّ المشرّع الجزائري على حالة الهجر في المضجع لمدّة أكثر من أربعة أشهر، إذ جعلها من بين الأسباب التي تمنح الزوجة حقّ طلب التطليق، وذلك في الفقرة الثالثة من المادّة 53 من قانون الأسرة الجزائري، إذ استعمل المشرّع عبارة « ***الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر*** »[1]، فمن خلال هذه العبارة يتضح لنا أنّه كي يتسنّى للزوجة حقّ طلب التطليق بسبب هجر زوجها لها يشترط أن يكون قد وقع هذا الهجر فعلاً، أي استغرق هذه المدّة بالتمام، أو تجاوزها قليلاً ليتحقّق الضرر.

وعبارة الهجر هنا تعني إدارة الظهر للزوجة، أو اعتبارها أجنبيّة عنه، وعدم معاملتها كما يفترض أن تعامل به الزوجات، هذا إذا كان الهجر في الفراش، وفي نفس الغرفة[2]، وقد يكون بالانتقال من غرفة إلى أخرى، أو حتّى خارج منزل الزوجية، ولكن في نفس البلد. ويشترط كذلك أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر متتالية، ودون انقطاع، فلذا نتناول هذه الشروط في الفرع الأوّل والأحكام في الفرع الثاني.

### الفرع الأوّل

### شروط التفريق للهجر في المضجع

إذا ما قام الزوج بهجر زوجته لمدّة أكثر من أربعة أشهر دون أيّ مبرّر شرعي، قاصدًا بذلك الإضرار بها، وسواء كان بالحلف، مثلما رأينا في الإيلاء، أو بدون حلف جاز للزوجة المتضرّرة من جرّاء ذلك طلب التطليق، إلا أنّه ليحكم لها القاضي بذلك يجب أن تتوافر عدّة شروط، وهي:

---

1 - ق.أ.ج، مرجع سابق.

2 - هناك من يرى أنّ الهجر يمكن أن يكون في منزل آخر غير بيت الزوجية، ولكن في نفس البلد الذي تقطن فيه زوجته.

**1 – أن يكون هناك هجر الزوج لزوجته في المضجع:**

المقصود بالهجر هنا هو الابتعاد والترك، ويتحقّق ذلك عن طريق حرمانها من حقّها في الوطء الذي هو بمثابة حقّ أساسي اكتسبته بالزواج، أمّا كيفية حدوثه فقد يحدث في نفس الغرفة، وذلك بإعطاء ظهره لها والصدّ عنها، أو بالانتقال إلى غرفة أخرى في نفس المنزل، أو بهجر المنزل تمامًا إلى منزل آخر يبيت فيه خارج بيت الزوجية في نفس البلد، قاصدًا بذلك إلحاق الأضرار بها، ودون أيّ سبب شرعي، إذ لا يكفي الهجر بالكلام، إذ إنّه يمكن أن يكون امتناعًا عن الكلام معها، ولكن لإيفائها حقّها في الوطء.

**2 – أن لا يكون لهذا الهجر أيّ سبب شرعي:**

أي أنّ الغرض الوحيد من هجر الزوج لزوجته هو إلحاق الضرر بها، فقد يكون بقصد دفعها لأن تطلب التطليق، وهذا الشرط متفق عليه من طرف فقهاء الشريعة.

ولذا يستبعد من هذه الحالة حقّ الهجر الذي منحه الله تعالى للزوج لغرض تأديب زوجته التي تخرج عن طاعته، وذلك لاعتباره كوسيلة من وسائل تأديبها، لعلّها ترجع إلى رشدها، بحيث جاء في قوله تعالى: ﴿ **وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ** ﴾[1]. فالمقصود بالهجر هنا هو التأديب، ولكن من خلال الآية نستنتج أنّه لا يتسنّى للزوج اتخاذ هذا الإجراء، والانتقال إلى مرحلة الهجر إلا بعد عدم جدوى الوسيلة الأولى، وهي الموعظة، وذلك إذا ما استمرّت في تمرّدها وعنادها في الإضرار بزوجها، فهنا يحقّ له أن يدفع الضرر عنه بهجرها في المضجع، ولا يعدّ بذلك مضرًّا بها، ما دام يمارس حقًّا شرعيًا منحه إياه الشرع، ولم يتجاوز مدّة الأربعة أشهر، وبالتالي لا يمكن أن يكون سببًا يعطي الزوجة حقّ طلب التطليق، ولكن إذا ما تعسّف الزوج في استعمال هذا الحقّ في الهجر فهنا تحقّق الضرر الذي يمكن معه للزوجة حقّ طلب التطليق.

---

1 - سورة النساء، الآية: 34.

وقد يحدث أن يكون هجر الزوج لزوجته في المضجع لمدّة أكثر من أربعة أشهر، ولكن لعذر شرعي، كما لو كان مريضًا، أو كان بسبب أداء واجب أو خدمة عامّة، فهنا لا يحقّ للزوجة رفع دعوى التطليق، لأنّها تعتبر بمثابة أسباب شرعية، حتّى ولو تجاوز الهجر مدّة أربعة أشهر، ما دام عنصر الضرر منتفيًا في مثل هذه الحالات، فحتّى وإن قامت الزوجة برفع أمرها للقاضي تعيّن عليه رفض دعواها بسبب عدم توافر شرط الضرر.

**3 – أن يدوم الهجر أكثر من أربعة أشهر متتالية:**

باعتبار أنّ تحديد هذه المدّة للهجر بأكثر من أربعة اشهر وردت واضحة في نصّ المادّة المذكورة على أساس أنّ الضرر يتحقّق بترك الوطء بإتمام هذه المدّة، وذلك مراعاة لطبيعتها كمرأة، وإرادة من المشرّع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بما فيها، وبالتحديد أحكام الإيلاء.

ويستوجب أن تكون قد مرّت أربعة أشهر على ترك الوطء فعلاً، دون أن يكون هناك انقطاع ليعتبر شرط المدّة قد استوفي، أي يجب ألا يقع أيّ اتصال بين الشهر والآخر، كما لو كان حدث الهجر مدّة شهرين، ثمّ عاد إليها، ثمّ يعود يهجرها مرّة أخرى... وهكذا. ففي مثل هذه الحالة لا يمكن للزوجة أن تطلب التفريق بسبب الهجر، حتّى وإن كانت هذه المدّة في مجموعها تجاوزت أربعة أشهر. فلا يجوز للمحكمة ان تقضي لها بالتطليق حتّى ولو طلبت الزوجة ذلك، لأنّه إذا ما قام مثلاً بعد مدّة شهر من الهجر بمباشرتها والعودة إليها فإنّه ينتفي عنصر الضرر، لأنّ هذا ما يُعرف الفيء عند فقهاء الشريعة[1].

1 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار البعث، قسنطينة، 1406، الموافق لـ 1986، ص 232 و 233.

الفرع الثاني

أحكام التفريق للهجر في المضجع ومقارنته مع بعض القوانين الأخرى

**أولا – أحكام التفريق للهجر في المضجع:**

أعطى المشرّع الحقّ للزوجة المتضرّرة من هجر زوجها لها لمدّة أكثر من أربعة أشهر عملاً بأحكام الشريعة، وتطبيقًا لأحكام الإيلاء، إلا أنّ المشرّع لم يتناول بالتدقيق أحكامه بالتدقيق مثلما رأيناه بالنسبة لفقهاء الشريعة من حيث الطريقة التي يتمّ فيها الإيلاء أو الظهار والأحكام الخاصّة بهما، فلذا نتناول الأحكام الخاصّة بالتفريق للهجر حسب ما جاء في النصّ.

**1 – ما يجب على الزوجة إثباته أمام المحكمة:** من خلال الفقرة الثالثة من المادّة المذكورة أعلاه نفهم أنّه يكفي للزوجة المتضرّرة من هجر زوجها في الفراش لمدّة أكثر من أربعة أشهر، أنّها تثبت الواقعة المادّية، وهي حدوث الهجر فعلاً لمدّة أربعة أشهر على الأقل، وتضرّرها من جراء ذلك، باعتبار أنّ المرأة بصفة عامّة ليس باستطاعتها الصبر أو التحمّل لأكثر من ذلك، وهذا ما أثبتته واقعة سيدنا عمر بن الخطاب مع نساء الجنود من خلال تحديد مدّة صبر المرأة بأربعة أشهر. فإذا ما خافت الزوجة على نفسها من الوقوع في الزنا رفعت أمرها إلى القاضي، فإذا ما اقتنع بذلك له أن يحكم لها بالتطليق من زوجها هذا ليرفع الضرر عنها، دون أن يحمّل نفسه عناء البحث في الركن المعنوي، أي قصد الزوج الإضرار بها، أو لم يقصد، وإذا ما كان هذا الهجر شرعيًا وقانونيًا أو لا.

**2 – هل يشترط الحلف في الهجر؟** لم يحدّد المشرّع الطريقة أو الوسيلة التي يتمّ بها الهجر، ولا الفيء أو التكفير، بل اكتفى بالواقعة المادّية، وهي الهجر فوق أربعة أشهر، دون الاهتمام بما إذا كان قد صدر حلف من الزوج أو لم يصدر وما إذا كان عن طريق الإيلاء أو الظهار.

**ثانيًا – مقارنته مع بعض القوانين الأخرى:**

تفرّد المشرّع الجزائري عن باقي القوانين العربية الأخرى في تخصيص فقرة للهجر في المضجع من ضمن الحالات التي تمنح للزوجة حقّ طلب التطليق.

فنجد أنّ القوانين الأخرى لم تنصّ على هذه الحالة من ضمن الحالات التي تعطي الزوجة الحقّ في التطليق، وإنّما نجد أنّه صدرت بعض الأحكام القضائية التي اعتبرتها من ضمن الحالات التي وردت تحت عنوان "الضرر الذي يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية".

من بين هذه الأحكام التي صنّفت الهجر من ضمن الأضرار التي يحقّ معها للزوجة طلب التطليق حكم لمحكمة جورجا الشرعية إذ أقرّت أنّ هجر الزوج لفراش زوجته من الأضرار الموجبة للتطليق.

**ثالثا – بعض الملاحظات على القانون الجزائري:**

من خلال تحليلنا للفقرة الثالثة من المادّة المذكورة نستنتج الملاحظات التالية:

- أنّه حتّى ولو ترك الزوج وطء زوجته بدون سبب فإنّ القانون قد أعطاه مدّة أربعة أشهر حتّى يرجع عن ظلمه، وذلك عملاً برأي الحنابلة وبعض المالكية، فإن أبى الوطء بعد الأربعة أشهر أمره بالفيء أو الطلاق، فإن رفض وطلبت الزوجة التطليق طلّق عليه الحاكم.
- فبهذا نجد أنّ المشرّع الجزائري في المادّة 3/53 لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي، حيث حذا حذو المالكية والحنابلة في جواز التفريق بترك الوطء لأكثر من أربعة أشهر، سواء أكان بإيلاء أو بظهار أو بدونهما، إلا أنّ هناك بعض الإجراءات لا بدّ من ذكرها، ولكنّ القانون قد أغفلها، كما رأينا في الإيلاء، أنّه ليس للقاضي تطليق الزوجة، أو ليس للمرأة حق طلب التطليق إلا بعد الرفع، ثم يوقفه

الحاكم فيأمره بالفيء فإن رفض وطلبت هي الفرقة لعدم احتمالها ذلك أمره بها، فإن رفض طلّق عليه. إذن حسب فقهاء الشريعة يجب احترام هذا الترتيب في الإجراءات المتخذة مع الزوج قبل التطليق عليه. ونفس الأمر بالنسبة للظهار، فبعد مضيّ أربعة أشهر إذا ما رفعت الزوجة أمرها للقاضي أوقفه، ثمّ يأمره بالتكفير أولاً ثمّ بالفيء، فإن لم يكفّر ولم يفء وطلبت الزوجة الطلاق طلّق عليه الحاكم بعد أن يأمره بالطلاق، وذلك مثلما فعل القانون المغربي، حيث نصّ في الفصل 58 منه على التطليق للإيلاء أو الهجر: « ***إذا آلى الزوج أو حلف على هجر زوجته وترك المسيس جاز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يؤجّله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلّقها عليه، وهذا الطلاق رجعي*** »[1].

1 - القانون المغربي، مرجع سابق.

## المبحث الثالث

## التطليق لحبس الزوج

يعتبر المحبوس في حكم الغائب الذي مكانه معلوم، وغير منقطع الأخبار تمامًا، وبالتالي لا يُسمح لزوجته التزوّج برجل غيره، وإذا ما طالت مدّة الحبس إلى حدّ نفاذ صبرها (للضرر اللاحق بها نفسيًا وبدنيًا نتيجة غيابه هذا) فهل يُعطى لها حكم الغائب، وبالتالي يحقّ لها طلب التطليق منه؟

لهذا نحاول معرفة موقف الفقهاء من ذلك في المطلب الأوّل، وبعد ذلك نتعرّض لموقف المشرّع الجزائري في المطلب الثاني، مع مقارنته ببعض القوانين وإبداء بعض الملاحظات.

### المطلب الأوّل

### موقف الفقه من التطليق للحبس

اختلف الفقهاء في موقفهم حول إجازة الخيار للزوجة التي سُجن زوجها لمدّة معيّنة، فهناك فريق يجيز لها ذلك، وهم: المالكية والحنابلة، والفريق الثاني لا يجيز ذلك، وهم جمهور الفقهاء.

**أولا – الآراء الفقهيّة:**

1 - **عدم التفريق:** يرى الحنفيّة والشافعية والجعفرية أنّه لا يفرّق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طالت مدته.

2 – **التفريق:** إنّ المالكية والحنابلة الذين يرون بالتفريق لغيبة الزوج لم يصرّحوا بجواز التفريق لحبس الزوج لمدّة طويلة، فلهذا نتعرّض للأساس الذي أقاموا عليه منح الزوجة حقّ التفريق في مثل هذه الحال.

**ثانيًا – أساس منح الزوجة حقّ التطليق:**

بالنظر للعلّة التي علّلوا بها جواز التفريق للغياب، وهي الضرر اللاحق بالزوجة لبعد زوجها عنها، ولو كان غيابه لعذر، وهذه العلّة لا شكّ أنّها موجودة ومتحقّقة في حالة حبس الزوج لمدّة أكثر من سنة، مع بدء التنفيذ إذ يُعتبر الزوج في سجنه بمثابة الغائب في سفره، ولا يكون الرفع إلا بعد مضيّ سنة من الحبس[1] .

فلهذا نجد أنّ ما يذهب إليه المالكية والحنابلة من جواز التفريق في هذه الحالة يكمن في أحد الأمرين التاليين:

1 – الأمر الأوّل لتعذّر النفقة عليها من ماله، فبالتالي يحقّ لها طلب الفسخ لهذا السبب، لا لسبب الأسر أو الحبس أو الغيبة.

2 – الأمر الثاني: إذا تضرّرت المرأة بترك الوطء وخشيت على نفسها الزنا.

بالرغم من اتفاق المالكية والحنابلة حول جواز التفريق في حالة حبس الزوج، إلا أنّهم اختلفوا من حيث تحديد السبب.

فالحنابلة لا يجيزون للزوجة التفريق إذا كانت الغيبة بعذر، كالعمل وطلب العلم، مع تركها في كفاية من المال لتنفق منه عليها وعلى عيالها إن كان لها أولاد. أمّا إذا كان الزوج قد غاب لأكثر من ستّة أشهر بلا عذر فإنّ للزوجة أن تطلب قدومه، فإن رفض وأرادت طلب الفرقة كان لها ذلك.

أمّا المالكية فيرون أنّ للزوجة حقّ التفريق إذا ما تضرّرت بترك الوطء، أو خشيت على نفسها الوقوع في الزنا، أي حتّى ولو كان ترك الوطء بعذر (بحثًا عن العمل، أو طلبًا للعلم...)، ولكن إذا ما توفّر عنصر الضرر ثبت لها حقّ التفريق، إذ جاء في الشرح الكبير: « ***وبقيت زوجة الأسير وزوجة المفقود بدار الحرب الشرك للتعمير إن دامت نفقتها، وإلا فلها التطليق كما لو خشيت الزنا*** »[2]. فهذا الحكم خاص بزوجة

1 - د. مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 613. وانظر أيضًا: عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 158.

2 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج 2، مرجع سابق، ص 482.

الأسير أنّها إذا تضرّرت بترك الوطء وخشيت على نفسها الوقوع في الحرام فرّق بينهما الحاكم، وكذا يُقاس على زوجة الأسير زوجة المحبوس، وأعطي لها الحكم نفسه.

ويرى الدكتور وهبة الزحيلي أنّ « ***لم يجز جمهور الفقهاء غير المالكية التفريق لحبس الزوج أو أسره أو اعتقاله لعدم وجود دليل شرعي بذلك، ولا غيبة المسجون ونحوه عند الحنابلة تُعدّ غيبة بعذر.***

***أمّا المالكية فأجازوا طلب التفريق للغيبة سنة فأكثر، سواء أكانت بعذر أو بدون عذر،... فإن كانت مدّة الحبس سنة فأكثر جاز لزوجته طلب التفريق، ويفرّق القاضي بينهما، بدون كتابة إلى الزوج بدون إنذار*** »[1].

فهذا الحكم إذن كان قياسًا على العلّة التي أجازوا على أساسها التفريق للغياب، وهي تحقّق الضرر اللاحق بالزوجة لبعد زوجها عنها، وحتّى ولو كان غيابه هذا لعذر، وهذه العلّة لا شكّ أنّها متوفرة ومحقّقة في حالة الحبس لمدّة أكثر من سنة، مع بدء التنفيذ، فلذا يأخذ الزوج المسجون نفس حكم الغائب، وهذا طبعًا بعد مرور سنة على الأقلّ. عندهم أنّ المدّة التي تسمح للزوجة بطلب التطليق هي على روايتين: الأولى جعلتها سنة، والأخرى ثلاث سنوات[2].

أمّا الحنابلة فيحدّدون هذه المدّة بأكثر من ستّة أشهر على اجتهاد عمر رضي الله عنه إن كانت غيبته بدون عذر وطلبت حضوره ولم يحضر فلها حقّ التطليق قياسًا على الغائب. وعن الحنابلة لم يصدر أيّ رأي خاص بامرأة المحبوس، إلا قول ابن تيمية: « ***القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما، ممّا يتعذّر انتفاع امرأته به، إن طلبت فرقته، كالقول في امرأة المفقود***»[3].

1 - د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص 535.

2 - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 366.

3 - المرجع نفسه، ص 368. وانظر كذلك: د. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 613.

## المطلب الثاني
## موقف القانون من التطليق للحبس

أدرج المشرّع الجزائري حالة حبس الزوج من ضمن الحالات التي يحقّ معها للزوجة طلب التطليق، وذلك تماشيًا مع رأي المالكية، وذلك في الفقرة الرابعة من المادّة 53 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على « ***للمرأة حقّ طلب التفريق للأسباب التالية:***

***..............***

***ف 4: الحكم بعقوبة شائنة مقيّدة لحرّية الزوج لمدّة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية*** »[1].

من خلال استقرائنا لهذه الفقرة نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري استحدث عدّة شروط يجب أن تكون مجتمعة ليتسنّى للزوجة حقّ طلب التطليق في حالة حبس زوجها. وسنتعرّض بنوع من التفصيل لهذه الشروط في الفرع الأوّل، مع إجراء مقارنة هذا النصّ مع بعض القوانين الأخرى في الفرع الثاني، وفي الأخير ندرج بعض الملاحظات.

### الفرع الأوّل
### شروط التطليق للحبس

تضمّنت الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري عدّة شروط يجب توفّرها ليسمح للزوجة بطلب التطليق في حالة حبس زوجها، وتتمثّل في:

1 – الحكم بعقوبة شائنة.
2 – أن تكون العقوبة مقيّدة لحرّية الزوج.
3 – أن تكون العقوبة لأكثر من سنة.
4 – أن تكون العقوبة ماسّة بشرف الأسرة.

1 - الأمر رقم 84 المؤرخ في جوان 1984، المتضمّن قانون الأسرة.

5 – أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

**الشرط الأوّل – الحكم على الزوج بعقوبة شائنة:**

إنّ المقصود بعبارة "شائنة" هو العقوبة التي تخصّص للأفعال المرفوضة اجتماعيًا والمنفور منها، لأنّها ساقطة، ومنافية لأعرافنا وعاداتنا وتقاليدنا، وحتّى للطبيعة البشرية، مثل: الأعمال المخلّة بالحياء والمستنكرة من كلّ إنسان سويّ (كاللواط والزنا مع المحارم). والملاحظ هنا أنّ المشرّع وقع في الخلط بين الفعل والعقوبة، فهذا الوصف "شائنة" كان من المفروض أن يقع على الفعل وليس العكس، وبالتالي كان يجب عليه أن يصف الفعل المعاقب عليه بـ"الشائن"، وهذا ما يؤكّده التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة، إذ كان يقصد بذلك الأفعال التي تنعكس آثارها على ثقة الزوجين، ونفورهما من بعضهما البعض. والواضح من خلال هذا الوصف أنّه اعتمد المعيار الموضوعي الذي يتكوّن من شرطين متى اجتمعا كان الفعل المعاقب عليه من الأسباب القانونية لطلب التطليق، وهما:

أ - تعلّق الفعل بالجرائم الأخلاقية.

ب - أن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة.

**أ - تعلّق الفعل بالجرائم الأخلاقية:** لكي يصحّ وصف الفعل بالشائن من الناحية القانونية يجب توافر هذا الشرط، أمّا إذا نظرنا إليه من الناحية الشرعية فإنّه تدخل ضمنه كلّ الأفعال المنافية للأخلاق. والحكم على مرتكبها وإدانته ما هو إلا تأكيد لها، وليس مجرّد وصف، لأنّه يعتمد على معيار الأخلاق، وهو واسع جدًا[1].

**ب – أن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة:** أي ليس مجرّد الحكم على الزوج بعقوبة لأكثر من سنة يسمح للزوجة بحق طلب التطليق، بل لا بدّ أن تكون هذه العقوبة مؤثّرة على كيان الأسرة وسمعتها، بحيث تحطّ من قيمتها اجتماعيًا لما تلحقه بها من ضرر في شرفها وعفّتها، وذلك نتيجة للفضيحة التي تمسّ بالأسرة بمفهومها الواسع،

1 - الأستاذ فضيل سعد، مرجع سابق، ص 291.

أي بما فيهم الأقارب مهما كانت درجة قرابتهم. ويفهم من ذلك أنّه بغير هذا الوصف لا تكون العقوبة شائنة، مثل بعض الأفعال المضرّة بالأسرة وبالمجتمع، كالتعامل بالمخدّرات والخمور. وأرى أنّ هذا الشرط بمثابة تحصيل حاصل، إذ إنّ الجرائم الأخلاقية غالبًا ما تؤدّي إلى عقوبة تمسّ بشرف الأسرة.

**الشرط الثاني – أن تكون العقوبة مقيّدة للحرّيّة:**

يعتبر هذا الشرط السبب الرئيسي لمنح زوجة المحبوس حقّ التفريق، الذي يتمثّل في تضرّرها من بعد زوجها عنها، وخوفها على نفسها من الوقوع في الحرام. فإذا لم يتحقّق هذا البعد فإنّه ينتفي السبب الذي مُنحت من أجله الزوجة هذا الحقّ، فلذا لا يكفي في العقوبة أن تكون شائنة، بل يجب أن تسلبه حرّيّته، فإذا كان مثلاً قد قرّرت له عقوبة لمدّة معيّنة، ولكن مع وقف التنفيذ (أي لم تسلبه حرّيّته)، فإنّه لا يصحّ اعتبار هذا الشرط متوفّرًا، وبالتالي لا يمكن لهذه الزوجة طلب التطليق إذا كان زوجها تحت الحراسة، ليس مقيّد الحرية.

**الشرط الثالث - أن تكون العقوبة لمدّة أكثر من سنة:**

إضافة إلى الشرطين السابقين، أضاف المشرّع شرطًا آخر، وهو أن تكون مدّة العقوبة أكثر من سنة. ويُفهم من هذه العبارة المستعملة في تحديد المدّة أنّه لو كانت سنة أو أقلّ، فإنّ هذا الشرط لا يكون متوفّرًا، وبالتالي يتعيّن رفض دعوى الزوجة إذا ما طلبت التطليق، ويستوي أن يكون الحبس المحكوم به منفذًا أو موقوف التنفيذ، فالنصّ كان صريحًا (لمدّة أكثر من سنة)، فهذا يعني أنّه إذا لم يتوافر هذا النصاب القانوني للزمن المطلوب، وحتّى وإن توافرت باقي الشروط، فإنّه لا يحقّ للزوجة حقّ طلب التطليق.

**الشرط الرابع – أن تكون العقوبة ماسّة بشرف الأسرة:**

من خلال هذا الشرط يمكن أن يؤاخذ المشرّع في نقطتين: **الأولى** أنّه خلط بين وصف العقوبة والعمل المعاقب عليه، فالأصحّ أنّ الفعل هو الذي يمسّ بشرف الأسرة، **والثانية** أنّه قد عمّم الوصف وجعل المعيار غير دقيق، لأنّ مجال الأعمال الماسّة

بشرف الأسرة واسع جدًا، فشرب الخمر مثلاً، والنصب والتورّط في نهب أموال الدولة يمكن اعتبارها من الأعمال الماسّة بشرف الأسرة، فلذا كان عليه استعمال عبارة أخرى أدقّ، ولكون المجتمع الجزائري مسلمًا، فخليّة الأسرة فيه واسعة، وبالتالي يتسع معها شرفها، وهذا ما نستنتجه من المفهوم الذي أعطته لها المادّة الثانية من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للأسرة: « ***الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع، وتتكوّن من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة***»(1) .

فبالتالي يمكن أن يفتح هذا مجالاً واسعًا أمام الزوجة فتتذرّع بأيّ عمل يقوم به الزوج ويمسّ بشرف الأسرة من قريب أو من بعيد لتقوم بطلب التطليق منه، والذي كان دافعه الأساسي نيّة مسبقة سنحت الفرصة لتحقيقها. هذا إذا كنّا قد أعطينا هذه العبارة "شرف الأسرة" مفهومها الواسع، أمّا إذا كنّا نريد حصرها في الأعمال والعقوبات التي تمسّ شرف الزوجة شخصيًا، أي العلاقة الزوجية، ففي هذه الحالة لا يمكنها طلب التطليق إلا في الأعمال التي تمثّل الخيانة الزوجية مثلاً، وبالتالي على المشرّع إعادة النظر في هذه العبارة، واستبدالها بعبارة أخرى تؤدّي المعنى بشكل أدق، وتسهّل المهمّة على القضاة في الحكم في مثل هذه القضايا، « ***لأنه إذا أطلقنا العنان أمام الزوجة، فإنها ستفسّر ذلك بحسب ما يخدم مصلحتها الشخصية، فهي تعتبره شائنًا يمسّ بشرف الأسرة إذا كان لا يوافقها، والعكس إذا كان يوافقها، مثل المتاجرة بالمخدّرات واختلاس أموال الدولة، فبالرغم من أنّ ذلك يعتبر من الأعمال الماسّة بشرف الأسرة، نجد أنّ بعض الزوجات يشجعن أزواجهنّ على ذلك، فهل لمثل هذه الزوجة حقّ في طلب التطليق إذا ما سجن زوجها هذا؟*** »(2).

**الشرط الخامس – أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية:**

العقوبة في الحقيقة ما هي إلا جزاء لارتكاب أفعال مشينة تختلف درجتها حسب اختلاف هذه الأفعال، فالمقصود بهذه العبارة: "قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية"، هي النتيجة التي تؤدّي إليها تلك الأفعال الدنيئة من كره واشمئزاز في نفسية

---

1 - ق. أ. ج، مرجع سابق.

2 - فضيل سعد، مرجع سابق، ص 292

المرأة، باعتبارنا ننتمي إلى مجتمع مسلم، فإنّه من غير المتصوّر الترحيب بمثل هذه الأعمال المخالفة لمبادئنا الإسلاميّة، والتي تحطّ من قيمة الأسرة ومعنوياتها، وخاصّة عند انتشار خبر ارتكابه الجريمة، وبالتالي الحكم عليه بعقوبة السجن، وهذا ما يؤدّي إلى هذه النتيجة المؤسفة، وهي فقد الزوجة لكلّ إرادة في الاستمرار في العيش معه، وهذا ما يحدث في حالة ممارسة الدعارة أو تحريض القصّر على ممارسة مثل هذه الأعمال.

بالإضافة إلى مراعاة مدى توافر هذه الشروط يعود الأمر في الأخير إلى قاضي الموضوع، فله السلطة التقديرية، وذلك بالاستعانة بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الدعوى أو رفضها.

الفرع الثاني

مقارنة بين القانون الجزائري وبعض القوانين الأخرى

على غرار ما رأيناه من اختلاف في المذاهب الفقهية، نجد أنّ القوانين قد اختلفت كذلك في موقفها من التفريق للحبس، حيث نجد البعض منها نصّ على هذه الحالة بضبط شروط محدّدة، مثل القانون المصري والسوري، وهناك من قاسه على حالة الغائب، مثل القانون المغربي، وهناك من لم ينصّ عليه بتاتًا مثل التونسي..

**أولا – النصوص القانونية:**

**القانون المصري:** المادّة 14 [1]: « ***لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيّدة للحرّية لمدّة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضيّ سنة من حبسه التطليق عليه بائنًا للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه*** ».

**القانون السوري** – المادّة 1/109 [2]: « ***إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم عليه بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.***

1 - القانون المصري، مرجع سابق.

2 - القانون السوري، مرجع سابق.

***2 – هذا التفريق طلاقًا رجعيًّا فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدّة حقّ له مراجعتها*** ».

**القانون المغربي [1]:** قاس حالة الحبس على حالة الغائب في المادّة 17 من الفصل السابع والخمسين، الباب الثاني: « ***إذا غاب الزوج في مكان معروف مدّة تزيد على سنة بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي بعد مضيّ سنة من حبسه التطليق عليه بائنًا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه*** ».

**القانون التونسي[2]**: لم يرد نصّ في مجلّة الأحوال التونسية على حالة السجين.

**ثانيًا – المقارنة:**

بعد إدراجنا لهذه النصوص القانونية المختلفة، الخاصّة بحالة التطليق للحبس، يمكن أن نبدي الملاحظات التالية:

1 – إنّ أغلب التشريعات العربية وحّدت بين حالة الغائب والمسجون، وأعطتهما نفس الحكم فيما يخصّ مدّة الحبس المحدّدة بأكثر من سنة نجد أنّ المشرّع الجزائري في قانون الأسرة اتحد مع أغلب التشريعات العربية (المصري والمغربي)، وذلك تماشيًا مع المذهب المالكي، كما رأينا الجزء الأوّل.

2 - بالرغم من اتحاده هذا إلا أنّ موقفه في هذه النقطة لم يكن واضحًا لعدم التفصيل في الأحكام، بخلاف باقي التشريعات التي كانت أكثر وضوحًا وتسهيلاً لمعرفة الحكم في هذه الحالة، فمثلاً في النصّ المصري (المادّة 14)، والسوري (المادّة 1/109) المذكورة آنفًا، أمّا المشرّع الجزائري فقد أورد عبارة: « ***الحكم بعقوبة شائنة مقيّدة لحرّية الزوج لمدّة أكثر من سنة***... ». فالملاحظ هنا غموض في هذه العبارة، إذ يُطرح كثير من التساؤلات حول الشروط الواجب توفّرها لمنح الزوجة حقّ التطليق في هذه الحالة: هل تطلب الزوجة التطليق مباشرة بعد صدور الحكم عليه بهذه العقوبة،

---

1 - القانون المغربي، مرجع سابق. نشير هنا إلى أنّ القانون المغربي لم يتضمّن نصًا خاصًا بحالة الحبس من ضمن حالات التطليق.

2 - القانون التونسي، مرجع سابق.

والتي هي أكثر من سنة؟ أم تنتظر حتّى يقضي السنة الكاملة في السجن، وبالتالي يتحقّق الضرر الذي يمنحها حقّ طلب التفريق.

3 – فيما يخصّ الشروط نلاحظ أنّ كلاً من المشرع المصري والسوري مثلاً وضع شروطًا أساسية بمجرّد توفّرها حقّ للزوجة طلب التفريق، جاءت على التوالي: « ***إذا حكم على الزوج بأكثر من سنتين*** [1] ***أو أكثر من ثلاث سنوات*** [2] ***ومضت عليه سنة سجن جاز للزوجة طلب التطليق ولو ترك لها مالا تنفقه*** ». أمّا المشرّع الجزائري، كما رأينا في نصّ الفقرة الخاصّة بالحبس فقد حدّد عدّة شروط منها: - أن تكون العقوبة شائنة، - فيها مساس بشرف الأسرة، - تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، وبالتالي نجده قد أوقع نفسه في عمليّة الوصف لهذه الجرائم دون أيّ داعٍ.

4 – نلاحظ أنّ القوانين الأخرى نصّت صراحة على نوع الفرقة التي تقع بسبب حبس أو سجن الزوج (كما في المصري "المادة 14" ... بائنًا، وفي السوري "المادّة 2/109... رجعيًا)، أمّا القانون الجزائري فلم يحدّد نوع الفرقة تمامًا ضمن الفقرة الخاصّة بالحبس.

### الفرع الثالث

### مناقشة القانون الجزائري مع إبداء بعض الاقتراحات

**أولا - المناقشة:**

بعد تحليلنا للفقرة الخامسة من المادّة 53 نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري وفّق في بعض النقاط وأخفق في أخرى.

1 – إنّ تعدّد الشروط التي ذكرت في هذه الفقرة أدّت إلى عدم جدواها بالنسبة للمرأة لكي تمارس حقّها في طلب التطليق، وهذا لأنّنا نجده لا يتماشى مع العلّة التي أسّس عليها فقهاء المالكية موقفهم في منح المرأة هذا الحقّ والمتمثّل في شدّة تضرّرها بترك الوطء وخشية الفتنة على نفسها، وذلك بحكم طبيعتها كمرأة.

---

1 - القانون المصري، مرجع سابق.

2 - القانون السوري، مرجع سابق.

2 – ورد في الفقرة الخاصّة بالغائب أنّه يشترط أن تكون غيبة الزوج بدون نفقة ولا عذر لمدّة سنة، ونحن نعرف أنّ المسجون غائب غيبة بعذر، فهل يعني ذلك أنّه ليس لامرأته حقّ طلب التطليق إذا ما ترك لها مالاً تنفق منه؟ فبالتالي نلاحظ أنّ المشرّع قد وقع في نوع من التناقض، فمن جهة نجده قد أعطى لزوجة المعتقل أو المسجون حقّ طلب التطليق، ومن جهة ثانية انتزع منها هذا الحقّ لأنّ شرط الغياب بدون عذر غير متوفّر في حالة المسجون، لأنّ المعتقل هو بمثابة غائب بعذر، وبالتالي فلا طلاق عليه إلا لعدم الإنفاق، وهذا الشرط من الصعب على الزوجة إثباته للحكم لها بالتطليق.

3 – ورود عبارة « ***تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية*** » كشرط لرفع دعوى التطليق غير متوافر في كلّ الجرائم المعاقب عليها بالحبس، إذ لا يتوافر إلا في الجرائم الماسّة بشرف الأسرة وكرامتها، وهذا ما يؤكّده التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة الذي قدّم للنوّاب من أنّ المشرّع كان يقصد الأفعال أو الجرائم التي يعاقب عليها، وتنعكس آثارها على الثقة الزوجية[1]. فبهذا حصروا الحالات التي يحقّ فيها للزوجة طلب التطليق في هذه الجرائم فقط.

4 – استعمل المشرّع الجزائري عبارات غامضة جدًا وكثيرة، وهي: "عقوبة شائنة"، "تمسّ بشرف الأسرة"، "تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية"، في حين نجد أنّ المسجون لا تتوافر فيه هذه الشروط، وكثيرًا ما نجد أبرياء حكم عليهم بالسجن، فلهذا تكون هذه العبارة قد فقدت جدواها نتيجة لذلك، وهو رفع الضرر عن المرأة الغائب عنها زوجها لمدّة طويلة، ولو كان ذلك الغياب في السجن. فالأحسن لو استعملت عبارات بسيطة على غرار التشريعات الأخرى لتسهيل الأمر على الزوجة، من جهة، والقضاء من جهة ثانية.

5 – لم يكن موقف المشرّع الجزائري واضحًا من حيث تحديد نوع الفرقة الواقعة بسبب الحبس: أهو رجعي أم بائن، مثلما رأينا في نصوص القوانين الأخرى. ولم يعالج

1 - راجع: التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة، المجلس الشعبي الوطني، ص 65.

حالة رجوع الزوج المسجون بعد إطلاق سراحه، وكانت الزوجة في فترة العدّة، إذا كان له مراجعتها أم لا، مثلما فعل القانون السوري[1]، وما نصّ عليه القانون المصري في المذكّرة الإيضاحية. ويؤيد هذا الموقف كثير من الكتّاب المعاصرين، ومن بينهم الأستاذ عبد الرحمن الصابوني، حيث يقول: « ***يبدو لي أنّ اعتبار الطلاق رجعيًا في هذه الحالة تمشّيًا مع القانون في تفريقه للإعسار حيث اعتبره رجعيًا مشروطًا بالقدرة على الإنفاق، وفي كلتا الحالتين، وإن كانت الزوجة هي التي طلبت التفريق، فإنّ الرجعة لا يجوز أن تكون ضدّ رغبتها، لئلا يفوت مقصودها من طلب الطلاق، إلا أنّه من الواضح أنّ طلب التفريق للغيبة هنا سببه بُعد الزوج عنها، لا لشيء آخر، فإذا عاد إليها وهي في العدّة فقد حصل مقصودها، فلم تفوّت الرجعة ما قصدتها، بل حقّقته لها.***

***ولهذا فإنني أؤيد ما أخذ به القانون السّوري والإبقاء على الحياة الزوجية والتضييق من نطاق الطلاق ما أمكن لذلك سبيلا*** »[2].

**ثانيًا – اقتراحات:**

لقد أحسن المشرّع الجزائري في تحديده لمدّة السجن بأكثر من سنة، أخذًا بالمذهب المالكي، ويعني ذلك أنّه لا يحقّ للزوجة طلب التطليق بمجرّد شهوة الوطء، وإنّما يكون لها ذلك بعد تحقّق الضرر من غياب الزوج لمدّة طويلة، والمرأة طبعًا هي الأدرى بنفسها، فلها اختيار المفارقة، وهذا ما يحقّق المصلحة أكثر، إذ يعمل على إبقاء الزوجية قائمة، وينقص ما أمكن من حالات الطلاق. لذا نقترح أن تكون صياغة هذه الفقرة كالتالي:

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق: في حالة الحكم على الزوج بعقوبة سجن لمدّة أكثر من ثلاث سنوات، ويكون قد أمضى سنة من السجن، ولو كان له مال تنفق منه.

---

1 - المادّة 109، مرجع سابق.

2 - عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص 800.

# المبحث الرابع
# التطليق لارتكاب فاحشة مبيّنة

لقد استحدث المشرّع الجزائري هذا السبب، وهو ارتكاب فاحشة مبّينة، وأورده في الفقرة الأخيرة (السابعة) من المادّة 53، بحيث اعتبره كسبب يعطي للزوجة حقّ طلب التطليق، مع أنّنا لا نجد في الفقه الإسلامي من اعتبر هذا الفعل من الأسباب التي تمنح الزوجة حقّ طلب التطليق، بل هو يؤدّي حتمًا إلى فكّ الرابطة الزوجية، وذلك إذا ما ثبت زنا الزوج بالشهادة أو الإقرار، فحكمه الرجم إلى حدّ الموت.

فلهذا نتعرّض إلى موقف كلّ من الشريعة الإسلامية والقانون من هذه الجريمة، ومدى اعتبارها سببًا لطلب التطليق، وذلك في مطلبين: الأوّل نخصّصه لموقف الشريعة، والثاني لموقف قانون الأسرة.

## المطلب الأوّل
## موقف الشريعة من الفاحشة المبيّنة ومدى اعتبارها سببًا للتطليق

ورد ذكر هذه العبارة "فاحشة مبّينة" في عدّة آيات من القرآن الكريم، يظهر من خلالها مدى خطورة هذه الأفعال على كلّ من الأسرة والمجتمع، فلذا يستوجب علينا معرفة مفهوم الفاحشة المبّينة، وإذا ما حدث وارتكب الزوج مثل هذا الفعل فهل يكون لزوجته الحقّ في طلب التفريق، وسنتناول في الفرع الأوّل مفهوم الفاحشة المبّينة، وفي الفرع الثاني تعامل الإسلام مع هذه الجريمة، ومدى اعتبارها سببًا للتطليق.

### الفرع الأوّل
### مفهوم الفاحشة المبيّنة

وردت عدّة تعريفات لهذه العبارة "فاحشة مبينة"، والتي تعطي لها تفسيرًا واحدًا، وهو الرامي إلى استنكار هذا السلوك نظرًا لخطورته وتنافيه مع مبادئنا الإسلامية، والمؤدّي لا محالة إلى تصدّع الأسرة وانحلالها. ولهذا نجد أنّ الشرّع الإسلامي قد تعامل مع هذا الفعل بكلّ تشدّد وحزم، وهذا طبعًا للحدّ من هذه الأفعال والسلوكات الدنيئة.

قيل: الفحţ والفاحشة والفحشاء: القبيΌ من القول أو الفعل، وجمعها فواحţ [1].

**في الكتاب:** وردت عدّة آيات قرآنية ذكرت فيها هذه العبارة، منها:

﴿ **وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً** ﴾[2].

﴿ **لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾[3].

﴿ **وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾[4].

﴿ **وَلا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ** ﴾[5].

من خلال الآيات القرآنية التي ذكرناها يتبيّن لنا مفهوم الفاحشة المبيّنة وهو الزنا، إذ اعتبرها ا سبحانه وتعالى من أفحţ الجرائم، لأنّ من المقاصد العليا للإسلام هي حفظ النسل والأنساب.

**في السنّة:** وفي ذلك قال الرسول ﷺ : « ***إنّ من أكبر الكبائر الزنا وأفحشه ما كان بحليلة جاره*** »[6].

الفرع الثاني

تعامل الإسلام مع هـذه الجريمـة ومدى اعتبارهـا سببًا للتطليق

إنّ الشرع الإسلاميّ قد وقف من جريمة الزنا موقفًا حاسمًا، إذ اعتبرها من أبشع الجرائم وأشدّها نكرًا. ونهى عنها وحذّر كلّ من يقترب منها، وهذا ما لاحظناه من خلال الآيات الكريمة التي أوردناها سابقًا.

---

1 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 11، (ف ح ţ )، ص 134.

2 - سورة الإسراء، الآية: 32.

3 - سورة الطلاق، الآية: 1.

4 - سورة النساء، الآية: 19.

5 - سورة الأنعام، الآية: 151.

6 - البخاري، صحيΌ البخاري، ج 8، باب الزنا، مرجع سابق، ص 294.

**أولا - طرق إثبات جريمة الزنا في الشريعة الإسلاميّة:**

تختلف الشريعة الإسلاميّة كثيرًا عمّا هو معمول به في القوانين الوضعية، ففيها يصعب الإثبات، فبينما أعطى القانون للقاضي الحرّية المطلقة في تأسيس قناعته من ناحية الزوج وخليلته، حيث قيّدت هذه الحرية قليلاً في مواجهة الشريك، إذ نجدها متشدّدة في إثبات مثل هذه الأعمال، حيث جعلت لكلّ طريقة من طرق الإثبات شروطًا وأحكامًا. والحكمة من هذا التشدّد هي لأنّ الستر مندوب في مثل هذه الأفعال التي يستحسن عدم إذاعتها ونشرها، لكونها ذات خطورة على الكيان الأسري والمجتمع ككلّ[1]. وهذا يتضح من إعراض الرسول ﷺ عن المعترف مرّات، فالستر أفضل من الاعتراف. وعن سيدنا محمد ﷺ: « ***لا يستر عبد عبدًا في الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة*** ».

ومن جهة أخرى نجد العقوبة على هذه الجريمة مشدّدة في شريعتنا السمحاء، وهي الرجم للمحصن والجلد للبكر، وقد جعلت الإثبات فيها متشدّدًا لكي لا يظلم النّاس، وهم أبرياء، ولا يقتلون جزافًا، حيث نجد أنّ الرسول ﷺ يؤيّد ذلك بقوله: « ***ادرأوا الحدود بالشبهات*** »[2].

وتثبت فاحشة الزنا في الشريعة الإسلاميّة بأدلّة، منها ما هو متفق عليها، ومنها ما هو مختلف فيها. والمتّفق عليه من الأدلّة اثنان هما: الشهادة والإقرار.

**1 – الشهادة:** يقول الله تعالى: ﴿ **لَوْلا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ** ﴾[3]. وإذا لم يكتمل عدد الشهداء، فالرامي يحدّ بحدّ القذف وهو ثمانون جلدة لقوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ** ﴾[4].

---

1 - د. عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، ج 2، ص 230-231.

2 - وهو حديث ضعيف عن أبي هريرة والترمذي والبيهقي، عن الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ج 4، ص 1287.

3 - سورة النور، الآية: 13.

4 - النور: 4.

**شروط الشهود:**

1 – أن يكونوا أربعة، قال تعالى: ﴿ **وَاللاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ** ﴾[1]، وقوله أيضًا: ﴿ **لَوْلا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ** ﴾[2].

2 – أن يكونوا رجالاً.

3 – الحرية.

4 – العدالة.

5 – الإسلام.

**2 – الإقرار بالزنا:**

كما يثبت الزنا بالبيّنة يثبت بالإقرار، أي باعتراف الزاني في حضرة الإمام أو القاضي بارتكاب جريمة الزنا، ومن ثمّ يستوجب إقامة الحدّ عليه إذا صدق أمام القاضي على إقراره. عن الرسول ﷺ عندما جاءه رجل من أسلم وحدّثه أنّه زنى، فشهد على نفسه أربع شهادات، وكان محصنًا فأمر برجمه[3].

**ثانيًا – شروط وجوب إقامة الحدّ على المقرّ:**

يجب أن تتوفّر في المقرّ بالزنا الشروط الآتية:

**أ – العقل:** لا يصحّ إقرار المجنون، لأنّه مرفوع عنه القلم، قال ﷺ: « ***رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبيّ حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل*** ».

**ب – البلوغ:** لا يُقبل إقرار الصبيّ الذي لم يحتلم، لأنّه مرفوع عنه القلم، فسبب وجوب الحدّ لا بدّ أن تكون هناك جناية، وفعل الصبيّ لا يمكن أن يكون جناية، فكان إقراره كعدمه.

**ثالثًا - عقوبة الزنا في الشريعة الإسلاميّة:**

الحدّ **في اللغة** هو المنع، وسمّيت العقوبات حدودًا لكونها مانعة من ارتكاب الأسباب.

والحدّ **شرعًا:** اسم لعقوبة مقدّرة.

---

1 - النساء: 15.

2 - النور: 13.

3 - صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 9، باب الاعتراف بالزنا، ص 299.

والحدّ في الزنا نوعان: رجم المحصن وجلد في حقّ غير المحصن، وكان الحكم في الزنا ابتداءً الحبس في المبيت للثّيب، والتعزير والأذى بالكلام والتوبيخ للبكر. قال تعالى: ﴿ **واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتّى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ۞ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيما** ﴾ [1].

واستقرّ الحكم على الجلد في حقّ غير المحصن والرجم في حقّ المحصن:

والرجم لغة: القتل، وأصله الرمي بالحجارة. وشرعًا عقوبة توقع على الزاني المحصن بأن يُرمى بالحجارة حتّى يُقتل. ويذهب أهل العلم والصحابة والتابعون ومن بعدهم من العلماء إلى وجوب الرجم على الزاني المحصن رجلاً كان أو امرأة، إلا الخوارج فقالوا الجلد للبكر والثّيب لقوله تعالى: ﴿ **الزانية والزاني فاجلدوا كلّ واحد منهما مائة جلدة** ﴾[2].

واستدلّ الحنفيّة إلى أنّ الرجم ثبت عن رسول الله ﷺ في قوله وفعله، فها هو عمر رضي الله عنه يقول رجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده. فالرجم هو على من زنا من الرجال والنساء إذا قامت البيّنة، وكان الحمل أو الاعتراف، وقرأ الآية: الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكايا من الله والله عزيز حكيم[3].

بهذا نجد أنّ الفقهاء أجمعوا على أنّ الرجم لا يجب إلا على المحصن، إذ قال النبيّ ﷺ: « **لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث،** (ذكر منها) **أو زنى بعد إحصان** »[4]. وقد ورد في صحيح البخاري عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ قال: « **خذوا عني**

---

1 - سورة النساء، الآيتان: 15 و 16.

2 - سورة النور، الآية: 2.

3 - د. عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.ن، ص 67؛ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8، ص 161 و 162. البخاري، مرجع سابق، ج 8، ص 300.

4 - أجمع الأئمّة أنّ المراد بالمحصنات: المتزوّجات. والإحصان لغة معناه الدخول في الحصن، أي الوطء في نكاح صحيح.

***خذوا عنّي قد جعل الله لهنّ سبيلا: البكر بالبكر جلد مئة ونفي سنة والثّيب بالثّيب جلد مئة والرجم*** »[1]. وقد أقيم الحدّ في عهد الرسول وبأمر منه على من زنى وكان محصنًا من الرجال والنساء على حدّ سواء.

وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة ﷺ أنّ الرسول ﷺ أمر برجم رجل من المسلمين لمّا أقرّ عنده بالزنا، وكان محصنًا[2]. وأقام حدّ الرجم على الغامدية حينما جاءته مقرّة بالزنا.

فنظرًا لخطورة هذه الجريمة في نظر الإسلام نجده قد سنّ لها عقوبة صارمة ينزلها وليّ الأمر على كلّ من يثبت زناه، وهي الرجم للزاني المحصن، والجلد للزاني غير المحصن[3]. ردعًا لمرتكبي هذه الجريمة التي هي من أفحش الجنايات على النسل، والسبب في ضياع الأسباب واختلالها.

وقد شرّع الإسلام هذه العقوبة والتي هي حدّ من حدود الله تعالى وحقّ له وحده، بحيث لا يملك أحد تغييرها ولا تبديلها ولا التنازل عنها، لأنّه تعالى أدرى بالنفوس البشريّة وضعفها أمام شهواتها.

الفرع الثالث

مدى اعتبار الفاحشة سببًا لطلب التطليق

إذا بحثنا في اعتبار زنا الزوج سببًا للتطليق عند فقهاء الشريعة الإسلاميّة لا نجد مصدرًا للموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري، بحيث أنّهم عالجوا مثل هذه القضيّة بأسلوب آخر مخالف تمامًا، إذ كانت لهم مواقف مغايرة تمامًا. ونجد الفقهاء فيما بينهم مختلفين في مواقفهم:

---

1 - الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ج 4، ص 126.

2 - المرجع نفسه، ص 11.

3 - د. محمد رشاد متولّي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ديوان النمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 9.

1 - يرى بعضهم أنّه يفسخ إذا فعل أحد الزوجين بأصل الآخر أو فرعه ما يوجب حرمة المصاهرة بأن زنا الزوج بأمّ امرأته أو بنتها أو زنت المرأة بأبي الزوج أو ابنه وقعت الفرقة بينهما في الحال من غير حاجة إلى قضاء عند الحنفيّة والحنابلة، ولا خلاف في أنّ هذه الفرقة فسخ لا طلاق، لأنّ الحرمة مؤبّدة لا يتصوّر عود الحال بعدها.

وقد روي هذا عن عمران بن الحصين، وقال به الحسن البصري وعطارد وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق[1].

ويقولون إنّ الوطء الحرام محرّم كما يحرّم وطء الحلال والشبهة، مستدلّين بقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ** ﴾[2]. والوطء يسمّى نكاحًا.

2 – ويرى آخرون بعدم الحرمة، ومنهم سعيد بن المسيّب ويحي بن نعيم، وهما مالكي وشافعي، إذ يرون أنّ الزنا ومقدّماته لا يترتّب عليه شيء حرمة بين الزوجين، وبهذا قال كذلك سعيد بن المسيّب والزهري وأبو ثور وابن المنذر (وهو مذهب الزيديّة)[3]. وهؤلاء كلّهم يقولون لا يحرّم الحرام الحلال.

فهؤلاء الذين يرون أنّ الرجل إذا زنى بأمّ امرأته أو ابنتها حرّمت عليه زوجته، يحصرونه في الأمّ والبنت. أو بما صحّ عن جابر بن زيد أنّه يقول: إذا زنى بأخت امرأته حرمت عليه امرأته. أمّا مطلق الزنا فلم يقل أحد من الفقهاء أنّه يحرم المرأة، فإذا كان القانون يقصد بالفاحشة المبيّنة زنا الرجل بأمّ زوجته أو ابنتها فهو لم يخرج بهذا عن نطاق الفقه الإسلامي، وإن كان يقصد به مطلق الزنا فلم يجد له مستندًا صحيحًا من الفقه يستند إليه في ذلك[4].

## المطلب الثاني

1 - علي حسب ا ، مرجع سابق، ص 174.

2 - سورة النساء: الآية: 22.

3 - علي حسب ا ، مرجع سابق، ص 175.

4 - مبروك المصري، دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 1410 هـ، 1990م، ص 311.

موقف القانون من التطليق لارتكاب فاحشة مبيّنة

ورد في الفقرة الأخيرة (السابعة) من المادّة 53 أنّ ارتكاب الزوج فاحشة مبيّنة من الأسباب التي تمنح الزوجة حقّ طلب التطليق، أي في حالة ما إذا قام الزوج وارتكب أيّ فعل مخلّ بالآداب بصفة خطيرة ومخالف للعرف والضمير الاجتماعي، وذلك مثلاً كالزنا، أو الشرك بالله، أو أيّ سلوك آخر في درجة من الخطورة ممّا يؤثّر على الكيان الأسري بسبب مخالفة للمبادئ الإسلاميّة والاجتماعية، بحيث يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلة، ممّا يدفع بالزوجة إلى طلب حلّ هذه الرابطة التي تربطها به، فإذا ما قامت برفع دعوى تطلب فيها التطليق من القاضي ليرفع عنها ذلك الضرر، فما هي الشروط الواجب توفّرها لتقبل دعواها هذه؟ وما الذي يجب عليها إثباته لكي يحكم لها بالطلاق؟

نجيب على هذه الأسئلة بتناول الشروط الواجب توافرها في هذه الدعوى في الفرع الأوّل، ثمّ الأحكام التي تتعلق بها في الفرع الثاني، والمقارنة مع بعض التشريعات الأخرى، ونقدّم في الأخير بعض الملاحظات التي تتعلّق بقانون الأسرة الجزائري في هذا الموضوع في الفرع الثالث.

الفرع الأوّل

شروط قبول التطليق لارتكاب فاحشة

إذا حدث أن ارتكب الزوج مثل هذا الفعل ورفضت الزوجة الاستمرار في مواصلة العشرة معه لعدم التكافؤ الديني، والتجأت إلى القضاء لوضع حدّ لهذه العلاقة، بإصدار حكم بتطليقها، يجب أن تتوفّر عدّة شروط، وهي:

**1 – أن يكون الفعل المرتكب مخلا بالحياء والآداب العامّة:**

وهذا ما تقصده الفقرة السابعة من عبارة "فاحشة مبيّنة"، والمقصود بذلك كلّ فعل منافٍ لمبادئنا الإسلاميّة، والتي تعتبر فاحشة من الكبائر، والذي يغضب الله سبحانه وتعالى، كما مرّ معنا في المطلب الأوّل. وباعتبار الجزائر بلدًا مسلمًا ومتمسّكًا بالتعاليم الإسلاميّة، ويعمل جاهدًا على الحفاظ عليها، عمد على النصّ على هذه الحالة في فقرة خاصّة بها، وأخرجها عن الأضرار الأخيرة، واعتبرها من الحالات التي يحقّ فيها

للزوجة طلب التطليق، وذلك لأنّ مثل هذه الأعمال تؤثّر على شعور الزوجة وتحطّم شخصيّتها بقدر ما تعمل على تهديد كيان الأسرة، وتصدّعها، ولكن بالرغم من خطورة هذا الفعل، إلا أنّ المشرّع لم يحدّد الطرق والوسائل التي تثبت فيها الزوجة ارتكاب زوجها لفاحشة الزنا، أي هل تقبل دعواها هي لوحدها أم أنّها يجب أن تطبّق ما تطلبه الآية في الذين يرمون المحصنات، أي يجب أن تأتي بأربعة شهود، وإلا رفضت دعواها، فهل نطبّق هنا أحكام الشريعة الإسلاميّة طبقًا لما نصّت عليه المادّة 222 من

- **أن يكون هذا الفعل قد ارتكب من طرف الزوج:**

فحقّ طلب التطليق مقرّر للزوجة المتضرّرة من ارتكاب زوجها مثل هذه الأفعال المخلّة بالآداب والمحطّمة لها وللأسرة بكاملها، فهذا يجب أن يكون هناك عقد زواج صحيح، أي مستوفٍ لكلّ شروطه الشرعية، ولا يزال قائمًا إلى حين يوم رفع دعوى التطليق، أي الشروط الموضوعية والشكلية، فلا تقبل دعواها إذا كان الزواج باطلاً، في حالة عجز الزوجة عن إثبات ما تدّعيه، أي الضرر، فإنّ دعواها سترفض، وهذا طبعًا يعود إلى اقتناع قاضي الموضوع الذي يتمتّع بالحرية الكاملة في قبول أو رفض دعوى التطليق، وذلك بناءً على اقتناعه الشخصي بما قدّم إليه من وقائع تثبت دعواها.

الفرع الثاني

معالجة هذه الجريمة في قانون العقوبات

اهتمّ المشرّع الجزائري بمثل هذه الجريمة وعالجها من خلال المادّة 3/339 التي تنصّ على أن « ***يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطّبق العقوبة*** ...». « ***ولا تتخذ إجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور وإن صفح هذا الأخير يضع حدّا لكلّ متابعة*** ».

وتنص المادّة 341 على أنّ « ***الدليل الذي يقبل على ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادّة 339. يقوم إمّا على محضر قضائي يحرّره أحد كتاب الضبط القضائي***

***عن حالة تلبس، وإمّا بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم، وإمّا بإقرار قضائي »***[1].

**الاجتهاد القضائي:** المحكمة العليا[2]: من خلال اطلاعنا على بعض الأحكام القضائية نجد أنّها حدّدت الوسائل التي تثبت بها الزوجة ادعاءها الذي رمت به زوجها، والذي يجب أن يكون إمّا عن طريق الإقرار، أو الإتيان بأربعة شهود، وإلا رفضت دعواها. من خلال هذه الأحكام نلاحظ توافقها مع الآية الكريمة، وذلك نظرًا لخطورة هذه الجريمة، وما تؤدّي إليه من تصدّع الأسرة وتخلخلها.

الفرع الثالث

مناقشة القانون الجزائري مع إبداء بعض الاقتراحات

**أولا – المقارنة:**

من خلال الفقرة السابعة من المادّة 53 يمكن لنا أن نخرج بالملاحظات الآتية:

1 – إنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد الوسائل التي يمكن للزوجة أن تثبت بها جريمة الزنا المرتكبة من الزوج لكي يُحكم لها بالتطليق، وهذا يخالف الشريعة الإسلاميّة، وقد جاءت الآية الكريمة واضحة في تحديد هذا الموضوع[3].

2 – لم يفرّق المشرّع الجزائري بين الزوج والزوجة في هذه الجريمة، وهذا ما أخذت به شريعتنا السمحاء، حيث تقول الآية الكريمة: ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ** ﴾[4]، لأنّه جعل العقوبة من سنة إلى سنتين حبسًا، أمّا في القرآن الكريم فالعقوبة الجلد أو الرجم حسب كلّ حالة.

---

1 - قانون رقم 82-04، مؤرخ في 13 فيفري 1982، مرجع سابق.

2 - المحكمة العليا 10 أكتوبر 1968، ص 121-124، 24 ديسمبر 1979، رقم 20841، 1981، ص 80. (الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه، أو بحكم جزائي أصبح نهائيًا، أو بشهادة أربعة شهود). المحكمة العليا 24 فبراير 1986، ملف رقم 39474 (غير منشور).

3 - سورة النساء، الأيتان: 15 و 16.

4 - سورة النور، الآية: 2.

3 – الزنا في نظر الشرع هو كلّ وطء بين رجل وامرأة لا يوجد بينهما زواج شرعي، أو ملك اليمين[1]، وسواء إذا كان كلاهما أو أحدهما متزوّجًا بشخص ثالث أو غير متزوّج، في حين نجد أنّه في القانون الوضعي لا يعاقب عليها إلا إذا كان طرفا الفعل كلاهما أو أحدهما متزوّجًا مع شخص ثالث.

4 – ومن جهة أخرى نجد الشريعة تعاقب على جريمة الزنا ولا يهمّ المكان الذي وقعت فيه، بينما نجد بعض التشريعات كالقانون الفرنسي قبل إلغائه والمصري[2] لا تعاقب على جريمة الزنا إلا إذا وقعت في منزل الزوجية.

5 – وأخيرًا نجد أنّ المشرّع الجزائري قد تميّز عن التشريعات العربية الأخرى مثل المغربي والتونسي والسوري بأنّه الوحيد الذي اعتبر مثل هذه الحالة سببًا لإعطاء الزوجة حقّ طلب التطليق، وخصّص لها فقرة من حيث حالات التفريق، وهذا راجع حسب ظنّي إلى المصدر الذي أخذ منه هذه الفقرة، من القانون الفرنسي القديم، وليس لها أيّ مصدر في شريعتنا السمحاء.

**ثانيًا - بعـ f الاقتراحات:**

كان الأجدر بالمشرع الجزائري – على غرار القوانين العربية الأخرى - ألا يدرج جريمة زنا الزوج من بين الحالات التي تمن0 الزوجة الحقّ في طلب التطليق، الواردة في المادّة 53، لأنّ مثل هذه الأفعال تؤدّي بصفة حتمية إلى فكّ الرابطة الزوجية مباشرة، ولا تكون متوقّفة على طلب الزوجة، لاعتبارها تمسّ بالرباط المقدّس الذي يجب أن تعمّ فيه العفّة العلاقة بين الزوجين..، بل كان من الأحسن تطبيق أحكام اللعان، حسب ما جاء به الشرع الإسلامي، أو كان يمكن أن تؤسّسه على تضرّرها من عدم التكافؤ الديني.

1 - عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا، ج 3، ص 2.

2 - المادّة 339 عقوبات فرنسي قبل إلغائها، والمادّة 273 عقوبات مصري.

# خاتمة:

بعد انتهائنا من بحثنا هذا، والذي كنا قد حاولنا فيه تحليل المادة 53 ق.أ.ج ومناقشتها مراعين في ذلك مدى أخذ المشرّع بأحكام الشريعة، يمكننا أن نخلص إلى النتائج التالية:

- من خلال المادة 53 ق.أ.ج نخلص إلى أنّ المشرع الجزائري أخذ بموقف أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ اعترف صراحة بحق الزوجة في التطليق، لكنّ في حالات محدّدة، وبشروط يجب على القاضي مراعاتها ليحكم لها بالتّطليق.

فرغم أنّ المشرع الجزائري قد استمّد معظم فقرات م 53 من المذاهب الفقهية الأربعة، بحيث إنّه لم يتعصّب لمذهب واحد، وهو المذهب المالكي، بل نجده أخذ بمذاهب مختلفة حسب كلّ حالة، وهذا شيء إيجابي؛ إلا أنّه في بعض الأحيان جمع بين مذهبين مختلفين في حالة واحدة، كما فعل في حالة الغياب، إذ أخذ بالمذهبين المالكي والحنبلي، مما جعله يقع في نوع من التناقض دون عذر ولا نفقة)، كما نجده في بعض الحالات يكثر من الشروط الواجب توافرها للحكم بالتطليق إلى درجة أفقدها جدواها كما في حالة التطليق بالحبس[1].

كما يمكن مؤاخذة المشرّع لعدم النص على الأحكام الخاصة بكلّ حالة، حيث نجده في أغلب الفقرات نص على المبدأ، ولكنّ لم يكن موقفه واضحا من التفصيلات ما أدى إلى وجود فراغ قانوني، يصعّب من مهمة القضاة، إذ كان عليه توضيحها لتفادي مثل هذه الإشكاليات، لأنّه بالرغم من أنّ المادة 222 تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة في مثل هذه الحالات، إلا أنه في كثير من القضايا وردت فيها آراء فقهية متضاربة، فلذا يصعب على القاضي اختيار الموقف الذي يأخذ به، وأحيانا تصدر أحكاما متناقضة في القضية نفسها، مثل حالة التفريق للعيوب[2] والتفريق لعدم الإنفاق[3].

كما يمكن أن يؤاخذ المشرع على عدم تبيان نوع الفرقة إذا كانت بائنة أو رجعية، لأنّ لكلّ نوع أحكامه الخاصّة به.

---

1 - انظر هذه الرسالة، الجزء الخاص بشروط التطليق للحبس، ص 124، 125.

2 - المرجع نفسه، ص 101، 102.

3 - المرجع نفسه، ص 26.

- ونجد المشرع خرج في بعض الحالات على الآراء الفقهية، إذا استحدث حالات لم يذكرها فقهاء الشرع الإسلامي من بين حالات التطليق، وهي حالة ارتكاب فاحشة مبنية، وحالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، إذ لا نجد النص عليهما في أي قانون من قوانين الدول العربية المسلمة، فمن المفروض تطبيق أحكام اللّعان في مثل هذه الحالة، سواء من حيث الشروط والجزاء.

وبالنّسبة لحالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر كان من المستحسن إدخالها تحت حالة التطليق (لكل ضرر معتبر شرعا). وإلا تطبق أحكام الإيلاء بإجراءاته المنصوص عليها شرعا. وذلك يكون أصوب من هذه النصوص الترقيعية – وإذا لم يكن يريد بذلك تطبيق أحكام الإيلاء كان عليه إدخالها ضمن حالات التطليق للضّرر مثلما فعل أغلب فقهاء الشريعة.

أمّا بالنسبة للتعديل الأخير[1] الذي أجري على القانون السابق فنجد المشرّع قد وفّق في البعض منه ولم يوفّق في البعض الآخر، ومن النقاط التي وفّق فيها تخصيصه الفقرة العاشرة لـ "كلّ ضرر معتبر شرعًا"، إذ أخرجها من الفقرة السادسة، بحيث تفطّن للخطأ الذي وقع فيه، فوسّع من مجال الضرر الذي يمكن معه للزوجة طلب التطليق، وهذا كان من بين النقاط التي كانت موضوع النقد الذي قدّمته في موضوع هذه الرسالة.

ومنها كذلك النص على الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقرة الثامنة منه، إذ غالبا ما نجد أنّ الزوجة تعيش في جحيم مستمر وذلك نتيجة لشقاق المستمر بينها وبين زوجها، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى ما يحمد عقباه من تصرفات الزّوج غير العقلانية مخالفا مع مبدأ "الإمساك بالمعروف"، فإذا يستوجب التسريح بإحسان. فقد أحسن المشرع فعلا بمنحه للزوجة الحق في التطليق في مثل هذه الحالة، وخاصّة في الحالة التي يكون فيها الزوج متسلطًا ويرفض الطلاق.

- كما وفّق بإضافة حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج إلى حالات التطليق، وذلك في الفقرة التاسعة، حيث أعطى للزوجة وسيلة لضمان حقوقها أكثر، وخاصة لتفشّي ظاهرة المادية والتحايل عند الأزواج، فإذا أحسن المشرع فعلا عندما

---

1 - أمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرّم 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005، يعدّل ويتمّم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م المتضمّن قانون الأسرة.

نصّ على حقّ الزوجة في التطليق عند مخالفة الزوج الشروط المذكورة في العقد.

- أما بالنسبة للنقاط التي يمكن أن يؤاخذ عليها المشرع في هذا التعديل الأخير نصّه في الفقرة الرابعة الحكم عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فرغم محاولته تفادي النقد الموجّه لعبارة (عقوبة شائنة) التي كانت واردة في القانون السابق، وحذفه شرط المدّة التي كانت محدّدة بأكثر من سنة، إذ كان يُعتبر مدة الغياب هي أساس توافر شرط الضرر من ترك الوطء وخشيتها من الوقوع في الزنا. وبالتالي قيام حقها في التطليق. فهل معنى ذلك أنّ المشرع أراد إخراج هذه الحالة أي حالة الحبس من حالة التفريق للغياب؟ أم أنّه اكتفى بتوافر الشروط الباقية، التي تكون فيها العقوبة غالبًا سنة فما فوق نظرًا لخطورة مثل هذه الجرائم وأثرها على شرف الأسرة، فنكون بصدد عقوبة حبس أكثر من سنة؟ ولكن بالرغم من تعديل هذه الفقرة إلاّ أنّه يبقى دائما مؤاخذًا لاحتفاظه بنفس الشروط المتعدّدة ممّا يجعلها فاقدة لجدواها.

- أما بالنسبة للمادة الثامنة فبالرغم من إضافة شروط أخرى إلى الشروط السابقة (الإخطار بدل الإعلان، الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة الذي يعطي له هذا الترخيص بعد التأكد من موافقة الزوجة الأولى، والمرأة المقبل على الزواج بها، إلا أنّه لا يعتبر هذا بمثابة حماية لحقوق المرأة من جهة، ولا حد من تسلّط الزوج من جهة أخرى، بل بالعكس فإنّ هذه الإجراءات المتعدّدة تؤدي إلى التّهرب منها، وبالتالي تفاقم حالة الزواج في السّر، أو اتّخاذ الخليلات، لأنّ مثل هذه النّصوص تعتبر بمثابة منع غير مباشر لتعدد الزوجات.

- فرغم أنّ المادة 222 تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة فيما لم يرد فيه نصّ، فإنّه من غير الممكن تطبيق أحكام الشريعة في مثل هذه الحالة، فلذا كان من المستحسن عدم النصّ على هذه الشروط المستحدثة المذكورة آنفًا، فلذا كان من الأحسن الإبقاء على الشروط التي جاء بها فقهاء الشريعة والتي تتمثّل في القدرة على الإنفاق والعدل. حيث لا يمكن أن يكون هناك أيّ قانون وضعي على وجه الأرض يحمي حقوق المرأة ويحفظها على الوجه الذي يحفظها لها الشرع الإسلامي.

# قائمة المراجع


- القرآن الكريم.

## أولا – الكتب:

### 1 – كتب الحديث:

1. **ابن قيّم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر**، زاد المعاد في هدي خير العباد، مجلد 2، ج 4، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.ت.ن.
2. **البخاري، عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة بن بردزبه**، صحيح البخاري، المكتبة الثقافية، بيروت.
3.
4. **الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني**، سبل السلام، ج 3، صحّحه وعلّق عليه: محمد عبد العزيز الخولي، دار الجيل، بيروت، د.ت.ن.
5. **مالك بن أنس**، الموطأ، برواية يحيى بن يحيى بن كثير الليثي الأندلسي القرطبي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، ط 3، 2002.
6. **مسلم، الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي**، صحيح مسلم، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، 1415 هـ، 1995.،

### 2 – كتب الفقه:

1. **أبو بكر جابر الجزائري**، منهاج المسلم، ط 2، دار الكتب السلفية، القاهرة، د.ت.ن.
2. **ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد**، المحلّى، ج 10، دار الجيل، بيروت، د.ت.ن.
3. **ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد**، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 1، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1409هـ/1989م.
4. **ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي**، المغني، مكتبة الجمهورية العربية، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.ت.ن.

5. **الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار،** شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مج 3، ج 6، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1297 هـ.
6. **بدران أبو العينين بدران،** الزواج والطلاق في الإسلام، د.ط، مؤسّسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د.ت.ن.
7. **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1 (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 1988.
8. **الدردير، سيد أحمد الدردير** على مختصره المسمّى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج 2، مؤسّسة المنشورات الإسلاميّة، وزارة الشؤون الدينيّة، الجزائر، 1413 هـ، الموافق لـ 1992م.
9. **الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة،** حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المكتبة التجارية الكبرى، توزيع دار الفكر، بيروت، د.ت.ن.
10. **رمضان علي السيد الشرنباصي،** أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001.
11. **سيد سابق،** فقه السنّة، مجلد 2، دار الفتح الإعلام العربي، ط 20، 1417 هـ، 1997م.
12. **الشربيني، محمد الخطيب،** مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 1374 هـ، 1955م.
13. **عبد الحميد الشواربي،** جريمة الزنا، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.ن.
14. **عبد الرحمن الجزيري،** كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969.
15. **عبد الرحمن الصابوني،** مدى حرّية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، د.ت.ن.
16. **عبد العزيز سعد،** الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، الجزائر، 1406 هـ/1986م.
17. **عبد المؤمن بلباقي،** التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مدعّمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 2000.

18. **عبد الوهاب عمر البدراوة**، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، د.ت.ن.
19. **علي حسب الله**، الفرقة بين الزوجين وما يتعلّق بها من عدّة ونسب، دار الفكر العربي، مصر، د.ت.ن.
20. **فضيل سعد**، شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأوّل، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1986.
21. **الكاساني**، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1982.
22. **محمد أبو زهرة**، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
23. **محمد رشاد متولي**، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
24. **محمد مصطفى شلبي**، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، 1403 هـ/1983م.
25. **مولاي ملياني بغدادي**، حقوق المرأة في الشريعة الإسلاميّة، قصر الكتاب، البليدة، 1997.
26. **وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 7، دار الفكر، الجزائر، 1413 هـ/1992 م.

**3 – كتب التفسير:**

**القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري**، الجامع لأحكام القرآن، المجلد 2، ج 3، تفسير القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 5، 1417هـ، 1996م.

**4 - المعاجم:**

**1 - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري**، لسـان العرب، دار صادر، 1بيروت، لبنان، ط 1، 2، 2000، 2003.

2 - **محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي**، مختار الصحاح، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 1، 1421 هـ، 2001م.

## ثانيًا - الرسائل الجامعية:

1 - **محمد عبد الستار الجبالي**Û الضرر المخوّل للمرأة حقّ التطليق في الشريعة الإسلاميّة، رسالة مقدّمة إلى كلّية الشريعة والقانون لنيل درجة العالمية (الدكتوراه) في الفقه العام، القاهرة، 1409 هـ/1989م.

2 - **مبروp المصرăة**Û دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة مقدّمة للحصول على درجة الماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلاميّة، 1410 هـ/1990م.

## ثالثًا - المجلات:

1. **الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية**، عدد خاص، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، 2001.
2. **دلاندة يوسف**Û قانون الأسرة مدعّم بأحدث مبادƏ واجتهادات المحكمة العليا في مادّتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2005.
3. قضاء المحكمة العليا، ج 2، الأحوال الشخصية، المنشورات القانونية، ط 1، الجزائر، 1992.
4. **مجلة الشرطة**، عدد 86/02 العدد 29، مسألة تعدّد الزوجات في التشريع الجزائري.
5. **مجلة الموثق**Û دورية داخلّية متخصّصة، العدد 5، ديسمبر 1998، خلفيات الجدل ومبرّرات المشرع، المادّة 8 قانون الأسرة الجزائري.
6. **عمرو عيسةĂ الفقي**Û التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، ملحق لأحكام محكمة النقض حتّى سنة 1997، المكتب الفنّي للموسوعات القانونية، بورسعيد، مصر، 1998.

## رابعًا - القوانين:

1. أمر رقم 66-156، مؤرخ في صفر 1386 هـ، الموافق لـ يونيو 1966م، يتضمّن قانون العقوبات، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 69-74، المؤرخ في 16 سبتمبر 1969، وبالأمر رقم 73 – 48 المؤرخ في 25 جويليه 1973، والأمر 75 – 47 المؤرخ في 07 جوان 1975، والقانون رقم 78 – 03، المؤرخ في 13 فيفري 1982،

والقانون رقم 88 – 26 المؤرخ في 12 يونيو 1988، والقانون رقم 89 – 05، المؤرخ في 1989، والقانون رقم 90 – 02، المؤرخ في 06 فبراير 1990.

2. أمر رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م، يتضمّن قانون الأسرة الجزائري.
3. أمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ، الموافق 27 فبراير 2005، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري.

**قوانين أخرى:**

1. المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المعدّل بالقانون 100 لسنة 1985.
2. مدوّنة الأحوال الشخصية (المغرب)، نشر بالجريدة الرسمية، عدد 1354، الصادرة بتاريخ 13 جمادى الأوّل 1377 هـ، الموافق لـ 06 ديجمبر 1957.
3. أمر مؤرخ في 06 محرم 1376هـ (13 أوت 1956م)، يتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية، وقانون الأحوال الشخصية مجلّة الأحوال الشخصية، تونس.
4. قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953، ومذكّرته الإيضاحيّة المعدّل بالقانون رقم 34، لعام 1975.

# ملاحق

## ملحق خاص بالتعديل الصادر بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005م يعدل ويتمم القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984م والمتضمن قانون الأسرة

نظرًا لصدور هذا التعديل بعد الانتهاء من كتابة بحثي هذا استوجب عليّ الأمر كتابة هذا الملحق، لأضمنه التعديلات التي أدخلت على المادة 53 ق.أ.ج. والتي هي موضوع بحثنا هذا، حيث مسّ التعديل بعض الفقرات وهي الفقرة الرابعة والسّادسة، كما أضيفت للمادة ثلاث فقرات جديدة فأصبحت بالمادة عشر فقرات، بعد أن كان عددها سبعة، والآن نوضح هذا التعديل لنرى كيف أصبحت صياغة الفقرة المعدلة من جهة والفقرات المضافة إليها من جهة أخرى.

**أولا – بالنّسبة للفقرات التي مسّها التعديل:**

الفقرة الرابعة[1]: « ***الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية*** ».

- نجد المشرّع في هذه الفقرة استبدل العبارة السابقة التي هي "عقوبة شائنة" بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، حيث نقل الوصف من العقوبة إلى الجريمة وهذا هو الأصح. وذلك نتيجة الانتقادات المثيرة التي وردت بخصوص هذه العبارة "عقوبة شائنة" وكانت هذه النقطة من بين النقاط التي ذكرتها في بحثي هذا خلال كلامي على الملاحظات على القانون الجزائري(*).

- إلا أنه بالنّسبة للشّروط الأخرى وهي أن تكون « ***الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية*** »، فإنّها استبقيت كما هي، بحيث يمكن للزّوجة أن تطلب الحكم لها بالتّطليق، إذا ما حكم على الزوج بعقوبة عن جريمة ولكنّ بشرط أن تكون من الجرائم الماسة بشرف الأسرة، وتصبح الحياة الزوجية مستحيلة معه.

---

1 - م 12 من الأمر رقم 05 – 02 تعدل وتتمم م 53 من القانون رقم 84 - 11.

* - راجع ص 124 من هذا البحث وما بعدها.

إلا أنّ هذا الأمر ألغى شرط المدة التي كانت في القانون السابق محددة بأكثر من سنة، إذ أصبح المعيار الوحيد الذي يعتمد عليه في الحكم للزّوجة بالتّطليق في حالة السجن، هو المعيار الموضوعي أي مراعاة خطورة هذه الجريمة ومسّها بكرامة وشرف الأسرة.

الفقرة 10[1] - «***كلّ ضرر معتبر شرعا*** »

حيث انتزع منها الجزء الثاني من الفقرة الذي كان... « ولا سيما إذا نجم... »، واحتفظ بعبارة لكلّ ضرر معتبر شرعا، وخصص لمخالفة المادة الثامنة فقرة مستقلة لوحدها، وهي الفقرة السادسة.

**ثانيًا – بالنسبة للفقرات المضافة:**

أ – الفقرة السادسة[2]: « ***مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه*** ».

- وتنص م 8[3]: « ***يسمح بالزّواج من أكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل*** ».

- ***يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدّم طلب الترخيص إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية*** ».

- ***يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزّواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشّروط الضرورية للحياة الزوجية.***

- م 8 مكرر: « ***في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق*** ».

- فالمادة السادسة إذن من التعديل الجديد لم تحدث تغييرا في شروط المادة الثامنة من القانون، حيث بقيت هي نفسها أي المبرر الشرعي، وتوفر شروط ونية العدل، وفي حدود الشريعة الإسلامية.

---

1 - م 12 من الأمر 05 – 02 تعدل وتتمم م 53 من القانون رقم 84 - 11.

2 - م 12 من الأمر 05 – 02 تعدل وتتمم م 53 من القانون رقم 84 - 11.

3 - المادة 6 تعدل وتتمم المادة الثامنة من القانون رقم 84 - 11.

- إلا أنّ الفقرة الثانية تضمنت إجراءات وقيودًا يجب على الزوج احترامها، وذلك لغرض ضبط الأمور أكثر وللتّأكد من علم ورضا الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها، حيث استبدل كلمة "علم" المنصوص عليها في القانون السابق بكلمة "إخبار"، فيقوم بعد ذلك بطلب رخصة التعدد من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، والذي يقوم بدوره بإجراءات التحري للتّأكد من موافقتهما (أي الزوجة السابقة واللاحقة)، وبعد الاطلاع على الأدلة المقدمة من طرف الزوج للتّأكد من أن هناك مبررا شرعيا فعلا دفعه لإعادة الزواج، (كالشّهادة الطبية لعقم الزوجة أو لمرض مزمن) والتّأكد من أنه ميسور الحال وله مدخول يمكنه من القدرة على الإنفاق بالعدل على الزوجتين، مراعيا في ذلك كلّ الظروف المحيطة به، يرخص له بذلك أي الزواج ثانية.

- أما "م 8" مكرر فاحتفظت بنفس الجزاء الذي كان منصوص عليه في م 8 من القانون القديم، إذ أعطت الحق لكلّ من الزوجة السابقة واللاحقة الحق في طلب التطليق إذا ما حدث هناك تدليس من طرف الزوج.

ب – الفقرة الثامنة[1]: « ***الشقاق المستمر بين الزوجين*** ».

- ففي هذه الحالة أضاف المشرع حالة جديدة لحالات التطليق إذ أعطى من خلالها حقًا للزّوجة التي تعيش في حالة خصام مستمر مع الزوج، فقد يكون ذلك بسبب نشوز الزوج أو الزوجة أو كلاهما، مما يؤدي إلى حدوث خلافات ونزاع دائما يهدد العلاقة الزوجية بالانفكاك بين الحين والآخر، فإذا ما أدى ذلك إلى حدوث تنافر بين الزوجين إلى حد عدم القدرة على تحمل كل واحد منهما الآخر.

فإذا ما قامت الزوجة برفع أمرها للقاضي لجعل حد لهذه العلاقة، وصعب معرفة الظالم والمظلوم يجب تعيين الحكمين حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها. وذلك تطبيقا لأمره تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً** ﴾[2].

1 - م 12 من الأمر رقم 05-02 تعدل وتتم م 53 من القانون رقم 84 – 11. .

2 - سورة النساء، الآية: 35

جـ - الفقرة التاسعة: [1]« ***مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج*** ».

- فللزّوجين أن يشترطا ما يشاءان من الشروط في عقد الزواج، بشرط ألا يحللا حراما ولا يحرّما حلالاً، وهذا ما يؤكد عليه كلّ من فقهاء الشريعة[2] والقانون [3].

فللزّوجة أن تشترط مثلا الخروج للعمل، والحرية الكاملة في التصرف في أموالها، أو إعطاء نسبة من مدخولها لأبيها – أو عدم التزوج عليها بامرأة ثانية دون موافقتها، وإلا يكون لها حق التطليق، أو تكون عصمة الطلاق بيدها، أو أن يلزم بأن يقدم لها تعويضًا مثلا.

فللزّوجة حقوق منحها إياها الشرع الإسلامي يمكنها الحفاظ عليها بالاشتراط في عقد الزواج، فإذا ما خالفها الزوج كان لها الحق في التطليق، نتيجة عدم احترام الزوج لهذه الشروط. فلذا يجب على الزوجة أن تحرص على أن تكون هذه الشروط مكتوبة ضمن العقد ليسهل عليها الإثبات عند قيام النزاع – وهذا ما تؤكده م 19 من نفس الأمر[4].

---

1 - المادّة 12 من الأمر 05-02 تعدّل وتتمّم المادّة 53 من قانون 84-11.

2 - قال ﷺ: « ***المسلمون على شروطهم*** » ، وروى البخاري ومسلم عن عقبة بن عامر أنّ رسول ا ﷺ قال: « ***أحقّ الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج*** ». انظر في ذلك: سيد سابق، مرجع سابق، ص 138.

3 - المادة 32 من الأمر رقم 05-02 « ***يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد*** ».

4 - أمر رقم 05 – 02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84 – 11.

م 19: « ***للزّوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون*** ».

م 37: « ***لكلّ واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يحق للزّوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كلّ واحد منهما*** ».

# فهرس الموضوعات